

LEX ET SCIENTIA

International Journal

Nr. XVI Vol. 2/2009

Published by « Nicolae Titulescu » University from Bucharest,
in cooperation with “Pro Universitaria” Publishing House

Getting the Internal CNCSIS Accreditation B
LESIJ is indexed BDI by EBSCO-CEEAS Database

<http://lexetscientia.univnt.ro/>

contact: lexetscientia@univnt.ro

“Pro Universitaria” Publishing House



Phone: 004.021-314.93.15
Phone/Fax: 004.021-314.93.16
Str. Cobadin, No. 5, Bl. P14, sc. 1, ap. 3, sect. 5,
Bucharest, Romania
e-mail: editura@prouniversitaria.ro
<http://www.prouniversitaria.ro>

CNCSIS Accredited Publishing House

Lex ET Scientia International Journal. Juridical Series (LESIJ.JS)

Editor

Mircea Damaschin, “Nicolae Titulescu” University,
Bucharest, Romania

Associate Editors

Lorena Bachmayer Winter, Complutense University,
Madrid, Spain, Stanciu Carpenaru, “Nicolae
Titulescu” University, Bucharest, José Louis de la
Cuesta, Del Pais Vasco University, San Sebastian,
Spain, Vasile Dobrinoiu, “Nicolae Titulescu”
University, Bucharest, Ion Dogaru, The Romanian
Academy, Maria Cristina Giannini, University of
Teramo, Italy, Zlata Durdevic, University of Zagreb,
Croatia, Mihai Hotca, “Nicolae Titulescu” University,
Bucharest, Mateut Gheorghita, “Babes-Bolyai”
University, Cluj-Napoca, Raluca Miga-Besteliu,
“Nicolae Titulescu” University, Bucharest, Ion Neagu,
“Nicolae Titulescu” University, Bucharest, Norel
Neagu, Police Academy, Bucharest, Beatrice Onica-
Jarka, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest,
Nicolae Popa, “Nicolae Titulescu” University,
Bucharest, Fábio Ramazzini Bechara, “Damásio de
Jesus” University, São Paulo, Brasil, Viorel Ros,
“Nicolae Titulescu” University, Bucharest

Editorial Review Bord

Jiri Fuchs, University of Defense, Brno, The
Czech Republic, Eszter Kirs, University of Miskolc,
Hungary, Tamás Lattmann, National University of
Defense “Zrínyi Miklós”, Budapest, Hungary,
Marcin Marcinko, Jagiellonian University, Cracow,
Poland, Nives Mazur-Kumric, “J.J. Strossmayer”
University, Osijek, Croatia, Vasile Nemes, “Nicolae
Titulescu” University, Bucharest, Vasilka Sancin,
Ph.D., University of Ljubljana, Slovenia

Editor for students

Cornelia Hanna, “Nicolae Titulescu” University,
Bucharest

Assistant Editor

Alexandra Apostol, “Nicolae Titulescu” University,
Bucharest

Lex ET Scientia International Journal. Economics Series (LESIJ.ES)

Editor

Maria Grigore, “Nicolae Titulescu” University,
Bucharest, Romania

Associate Editors

Amos Avny, Omnidev International, Israel, Yusuf
Akan, Department of Economics, Ataturk
University, Turkey, Gheorghe Iliadi, The Institute
of Economy, Finance and Statistics, Academy of
Sciences of Moldova, Shinji Naruo, Japan
International Cooperation Agency Expert, Olu Ojo,
Covenant University, Nigeria, Alexandru Olteanu,
“Nicolae Titulescu” University, Bucharest, Boris
Popesco, Tomas Bata University in Zlin, Ali
Salman Saleh, University of Wollongong,
Australia, Elias Sanidas, Seoul National
University, South Korea, Jørgen Lindgaard
Pedersen, Technical University of Denmark,
Denmark, Jacky Mathonnat, L’ IUP Clermont-
Ferrand, France, Azlan Amran, Ph.D., School of
Management, Universiti Sains Malaysia, Serghei
Mărgulescu, “Nicolae Titulescu” University,
Bucharest

Editorial Review Bord

Oludare Tolulope Adeyemi, Lagos State
Polytechnic, Nigeria, Mahmoud Al-Dalahmeh,
University of Wollongong, Australia, Adewale R.
Aregbeshola, University of South Africa, Daniela
Mihai, University of Pitesti, Romania, Stephen
Mutula, University of Botswana, Mehran Nejati,
Yazd University, Iran, Daniela Pirvu, University of

Pitesti, Romania, Magdalena Rădulescu, University of Pitesti, Romania, Mika Saloheimo, University of Lapland, Finland, Azadeh Shafaei, Rasht Islamic Azad University, Iran

Assistant editor

Loredana Maria Popescu, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest, Romania

**Lex ET Scientia International Journal.
Administrative Series (LESIJ.AS)**

Editor

Simona Oana Hudea, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest, Romania

Associate Editors

Viorel Cornescu, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest, Romania, Sica Stanciu, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest, Romania, Andrei Stănoiu, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest, Romania, Elena Nedelcu, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest, Romania

Editorial Review Bord

Buğra Hamşioğlu, Kafkas University, Turkey, Didem Hamşioğlu, Anadolu University, Turkey, Mostafa Nejati, University of Tehran, Iran

**Lex ET Scientia International Journal. IT
Series (LESIJ.IT)**

Editor

Cosmin Olteanu, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest, Romania

Associate Editors

Marian Drăgulinescu, Politehnica University of Bucharest, Romania, Adrian Manea, Politehnica University of Bucharest, Romania, Ioan Rusu, Politehnica University of Bucharest, Romania, Gheorghe Brezeanu, Politehnica University of Bucharest, Romania, Vasile Lăzărescu, Politehnica University of Bucharest, Romania, Dan Stoichinescu, Politehnica University of Bucharest, Romania, Paul Şchiopu, Politehnica University of Bucharest, Romania, Ion Ileană, „1 Decembrie” University Alba Iulia, Romania, George Căruntu, Maritime University, Constanta, Romania

Editorial Review Bord

Adriana Barnoschi, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest, Romania, Nicolae Grosu, Politehnica University of Bucharest, Romania, Alexandru Crăciun, Politehnica University of Bucharest, Romania, Emil Florea, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest, Romania

CONTENTS

CRIMINAL INVESTIGATION AND RIGHT OF PRIVACY: THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND ITS LIMITS Lorena Bachmaier Winter	9
LIMITAREA DREPTULUI LA VIAȚĂ PRIVATĂ ÎN CURSUL URMĂRIRII PENALE. JURISPRUDENTA CEDO Lorena Bachmaier Winter	20
INDIRECT INFLUENCE OF COMMUNITY LAW OVER NATIONAL CRIMINAL LAW Mirela Gorunescu.....	30
INFLUENȚA INDIRECTĂ A DREPTULUI COMUNITAR ASUPRA DREPTULUI PENAL NAȚIONAL Mirela Gorunescu.....	40
POLITICAL AND LEGAL ISSUES ON SATELLITE REMOTE SENSING USE OF ARTIFICIAL SATELLITES IN REMOTE SENSING Corina Neagu	50
ASPECTE POLITICO-JURIDICE PRIVIND TELEDETECȚIA PRIN SATELIȚI UTILIZAREA SATELIȚILOR ARTIFICIALI ÎN TELEDETECȚIE Corina Neagu	70
A COMPARATIVE STUDY ON THE PRICIPLE OF CELERITY IN ROMANIA AND THE UNITED STATES OF AMERICA	90
Steven Becker, Enikö Damaschin.....	90
PRINCIPIUL OPERATIVITĂȚII ÎN PROCESUL PENAL DIN STATELE UNITE ALE AMERICII ȘI ROMÂNIA. STUDIU COMPARATIV	102
Steven Becker, Enikö Damaschin	102
CONTROVERSY REGARDING THE ACTIVE SUBJECT OF THE INFRACTION OF MONEY LAUNDRY Mihai Hotca, Silvia Nițu	114
CONTROVERSA PRIVIND SUBIECTUL ACTIV AL INFRAȚIUNII DE SPĂLARE A BANILOR Mihai Hotca, Silvia Nițu	121
CRIMINAL INVESTIGATIVE ANALYSIS AGAINST VIOLENT CRIME Costică Păun	128
INVESTIGAREA CRIMINALISTICĂ A INFRAȚIUNILOR SĂVÂRȘITE CU VIOLENȚĂ, CU AUTORI NECUNOSCUȚI Costică Păun	140

IMPACT ON THE ROMANIAN CRIMINAL TRIAL Mircea Damaschin, Corina Dumitru	153
REGULA MIRANDA. IMPACTUL ASUPRA PROCESULUI PENAL DIN ROMÂNIA Mircea Damaschin, Corina Dumitru	165
SIGNIFICANCE OF THE NOTIONS OF ACQUISITION AND ACQUIRER ON THE FINANCIAL BANKING MARKET Vasile Nemeş, Gabriela Răducan	177
SEMNIIFICAȚIA NOȚIUNILOR DE ACHIZIȚIE ȘI ACHIZITOR PE PIAȚA FINANCIAR BANCARĂ Vasile Nemeş, Gabriela Răducan	182
CORPORATE GOVERNANCE DAN-ALEXANDRU SITARU	186
GUVERNAREA CORPORATIVĂ Dan-Alexandru Sitaru	200
THE PART OF JURISPRUDENCE WITHIN THE ROMANIAN LEGAL SYSTEM Dan Lupașcu, Mihai Adrian Hotca	214
ROLUL JURISPRUDENȚEI ÎN CADRUL SISTEMULUI JUDICIAR ROMÂN Dan Lupașcu, Mihai Adrian Hotca	221
PRINCIPLE OF EQUALITY IN INTERNATIONAL LAW: THE RIGHT TO EQUALITY Elena Andreevska, Etem AZIRI	228
BRIEF CONSIDERATIONS ON DECONCENTRATED PUBLIC SERVICES AS A CONSEQUENCE OF COMING INTO FORCE OF THE EMERGENCY ORDINANCE NUMBER 37 FROM 22.04.2009 CONCERNING CERTAIN MEASURES OF IMPROVING THE ACTIVITY OF PUBLIC ADMINISTRATION Elena Emilia Ștefan	239
SCURTE CONSIDERAȚII PRIVIND SERVICIILE PUBLICE DECONCENTRATE CA URMARE A INTRĂRII ÎN VIGOARE A ORDONANȚEI DE URGENȚĂ A GUVERNULUI NR. 37 DIN 22.04.2009 PRIVIND UNELE MĂSURI DE ÎMBUNĂTĂȚIRE A ACTIVITĂȚII ADMINISTRAȚIEI PUBLICE Elena Emilia Ștefan	246
JURISPRUDENCE AND THE JUDICIAL PRECEDENT OF THE EUROPEAN COURT OF LAW AS SOURCES OF LAW Iulia Boghirnea, Elise Vălcu	253
JURISPRUDENȚA ȘI PRECEDENTUL JUDICIAR AL CURȚII EUROPENE DE JUSTIȚIE CA IZVOARE ALE DREPTULUI Iulia Boghirnea, Elise Vălcu	259
TAX EVASION IN FISCAL PARADISES Viorel Roș	265

EVAZIUNEA ÎN PARADISURILE FISCALE

Viorel Roş276

R&D AND OUTPUT BEHAVIOR OF DUOPOLISTIC FIRMS WITH CONJECTURAL VARIATIONS IN R&D

Shoji Haruna, Katsunari Ohashi287

INTERNATIONAL MARKETING STRATEGIES IN THE GLOBALISATION ERA

Oana Simona Hudea, Răzvan-Mihail Papuc301

THE ROLE OF THE STATE IN DEVELOPMENT PLANNING AND PREVENTION OF CRISIS

Sasha Obradovic312

HUMAN RESOURCE MANAGEMENT & ENTREPRENEURSHIP EDUCATION IN A CHANGING WORLD

Simona Nicolae, Ana-Maria Neagu322

MANAGEMENTUL RESURSELOR UMANE ŞI EDUCAȚIA ANTREPRENORIALĂ ÎNTR-O LUME A SCHIMBĂRII

Simona Nicolae, Ana-Maria Neagu332

COSTS AND BENEFITS OF EURIZATION IN KOSOVO

Myrvete Badivuku-Pantina, Mihane Berisha-Namani343

INFORMATION ECONOMICS, INSTRUMENT OF ANALYSIS IN NEW MICROECONOMICS

Maria Zenovia Grigore354

ECONOMIA INFORMAȚIEI, INSTRUMENT DE ANALIZĂ AL NOII MICROECONOMII

Maria Zenovia Grigore365

PROPERTY RIGHTS AND THE KNOWLEDGE ECONOMY

Călin Vâlsan376

ENDOGENOUS GROUP FORMATION AND MONITORING

Hu Zhang, Weiyang Zhang384

SWITCHING FROM THE GLOBALIZATION OF MARKETS TO THE GLOBALIZATION OF PRODUCTION AND SERVICES IN A SEMIGLOBALIZED WORLD

Serghei Mărgulescu, Elena Mărgulescu388

THE REDEFINITION OF THE REFORMISM – THE RIGHT ANSWER TO THE GLOBALIZATION DEFIANCE

Alexandru Olteanu, Mădălina Antoaneta Rădoi396

REDEFINIREA REFORMISMULUI – UN RĂSPUNS CORECT LA SFIDĂRILE GLOBALIZĂRII

Alexandru Olteanu, Mădălina Antoaneta Rădoi403

MULTINATIONAL CARTELS

Liviu Radu Carmen Radu410

CARTELURILE MULTINAȚIONALE	
Liviu Radu Carmen Radu.....	418
NATIONAL MINORITIES IN ROMANIA: GOVERNMENTAL APPROACH	
Alina Alexandra Bot.....	426
DEVELOPMENT OF CIVIL SOCIETY AND DEMOCRATIZATION IN THE MIDDLE EAST	
Sujata Ashwarya Cheema.....	445
THE INTEGRATION OF THE ROMA IN A DEMOCRATIC SOCIETY	
Elena Nedelcu.....	456
SHARING KNOWLEDGE INSIDE SOCIAL NETWORK SITES	
Georgeta Drulă.....	463
PUBLIC PATRIMONY THE ESTIMATION OF THE FAIR VALUES ASSOCIATED TO REAL ESTATE COMPONENTS	
Anton Petrișor Parlăgi.....	474
PATRIMONIUL PUBLIC. ESTIMAREA VALORII REALE A IMOBILELOR DE UTILITATE PUBLICĂ	
Parlăgi Anton Petrișor.....	480
THE CHALLENGE OF AUTONOMY: AN EMPIRICAL STUDY OF THE VARIOUS DIMENSIONS OF AUTONOMY	
Cristi Iftene.....	486
PROVOCĂRILE AUTONOMIEI: UN STUDIU EMPIRIC ASUPRA MULTIPLELOR DIMENSIUNI ALE AUTONOMIEI	
Cristi Iftene.....	500
CONSIDERATIONS ON THE IMPACT OF THE EU ENLARGEMENT TOWARDS CENTRAL AND EASTERN EUROPE ON THE EUROPEAN SOCIAL MODEL	
Constantin Viorel Mihai.....	515
CIVIC SOCIALIZATION OF THE YOUTH IN THE POST-COMUNIST SOCIETIES	
Elena Nedelcu.....	532
ORGANIZATIONAL AND COMPUTER CULTURE	
Dana Ramona Andrișescu.....	538
IMPLICATIONS OF STORAGE VIRTUALIZATION FOR SMB	
Adriana Barnoschi.....	546
INFORMATION SOCIETY AND KNOWLEDGE ECONOMY	
Mihane Berisha-Namani, Myrvete Badivuku-Pantina.....	555
INFORMATION SOCIETY-KNOWLEDGE SOCIETY: THE IMPACT OF THE "DIGITAL INEQUITY PHENOMENA", SOCIAL STRUCTURE, NEW LIFE PATTERNS, VIRTUAL ORGANIZATIONS, ACTIVITIES, BUSINESSES, PROGRAMMES, COURSES AND THE ECONOMIC EFFECTS	
Niculae Davidescu, Delia Băbeanu.....	560
LEGAL CHALLENGES POSED BY WI-FI NETWORKS	
Maxim Dobrinioiu, Iustin Priescu.....	572
PROVOCAREA LEGISLATIVĂ A REȚELELOR WI-FI (IEEE 802.11)	
Maxim Dobrinioiu, Iustin Priescu.....	580
VIRTUAL UNIVERSITY IN THE CONTEXT OF TODAY WEB TECHNOLOGIES	
Cosmin Cătălin Olteanu.....	587

CRIMINAL INVESTIGATION AND RIGHT OF PRIVACY: THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND ITS LIMITS*

Lorena BACHMAIER WINTER**

Keywords: *case-law, European Court of Human Rights, the right to privacy, criminal investigation*

I. Introduction

Organised crime, trans-national crime such as cyber-crime or money-laundering and the complex phenomenon of international terrorism – specially after the 11th September attacks in New – have posed new challenges to the criminal justice systems. These forms of criminality are conceived as global threats of historical dimensions¹. Law enforcement agencies, in many cases are confronted to crimes that surpass the national boundaries, produce indiscriminate attacks and generate a feeling of insecurity that sometimes even reaches the state of a collective shock or at least emotional stress. In those circumstances the demand for more safety increases and, as Andrew Ashworth said it, when facing situations that are perceived as threats against one's own existence, before such a relevant public interest, who cares about fundamental rights?² Before the most serious forms of crime, and specially terrorism, there are even governments that tend to displace the traditional principles of criminal law in order to adopt pro-active measures and anticipate the commission of certain acts, justified within the concept of “the war against terror”³, which shall allow them to substitute a reactive system with a pro-active system, to introduce more intrusive investigatory measures and to apply notions of the state of exception to the field of fundamental rights⁴.

* This paper has been prepared within the research project «Integración europea y armonización de las garantías fundamentales en el proceso penal» (SEJ2005-05719/JURI) financed by the Ministry of Science and Education.

** *Complutense University of Madrid, J.D.; Complutense University, M.A. in Political Science; Complutense University, J.S.D.* Professor Bachmaier Winter has been a Professor at the Faculty of Law at Complutense University since 1996, where she has taught criminal procedure and civil procedure. She has written extensively on the subject of procedure. She has lectured in universities and governmental agencies in Europe and Latin America. She is a member of the Spanish Royal Academy of Jurisprudence and Legislation and of the Ibero-American Association of Procedural Law. She has been a fellow of the Alexander von Humboldt Foundation, and a visiting scholar in the Max-Planck-Institut for Criminal Law and Procedure (Freiburg i. Br., Germany) and at the University of California – Berkeley and Harvard University. Her comparative legal studies are focused on human rights and procedure, international judicial cooperation, comparative law and the EU process of legal harmonization. She has consulted for the Ministry of Justice of Spain. E-mail: l.bachmaier@der.ucm.es.

¹ With regard to terrorism as a global threat see, W. LAQUEUR, *Die globale Bedrohung*, New York 1998, especially pp. 95 et seq.

² On the conflicting interests in the criminal justice and procedure and the risk of the public interest arguments for the respect of human rights see the interesting analysis of A. ASHWORTH, *Human rights, Serious Crime and Criminal Procedure. The Hamlyn Lectures*, London, 2002, specially pp. 93 et seq.

³ On this issue see W. SOFSKY, *Das Prinzip Sicherheit*, Frankfurt a. M., 2005, pp. 114 et seq.; W. HETZER, “Terrorist attacks. Criminal Prosecution or National Defence?”, *Eur Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 13, n. 1-2 (April 2007), pp. 33-55, 42 et seq.

⁴ M. FREEDMAN, *Freedom or Security. The consequences fr democracies using emergency powers to fight terror*, Westport, 2003.

In this context, where law enforcement agencies and even part of the society demand more effective measures to combat criminal actions, the fundamental right of privacy may be severely affected⁵. If more repressive measures are admitted to be needed, then also more intrusive measures may be accepted, something which entails higher risks for the protection of human rights⁶.

This paper tries to point out the main guidelines set up by the European Court of Human Rights in the protection of privacy within the criminal process. Through its case-law the ECHR has provided for a common standard of guarantees that have to be respected within the criminal proceeding. Although this doctrine has proved to be essential to a common understanding of fundamental rights and the principles of criminal justice –and to the European integration–, it still does not provide for a fixed set of rules that precisely define under which conditions can law enforcement authorities interfere within the right to privacy without violating Art.8 of the Convention. Due to the state margin of appreciation doctrine, there is no common understanding of the concept of privacy –which is probably right–. On the other hand the proportionality test is only very seldom applied to criminal investigative measures regarding to privacy and the Court tends to check almost exclusively the legality and foreseeability rule; and in those few cases when it has entered to counterbalance the right to privacy against the public interest or need in a democratic society, the right to privacy is not valued in a uniform manner, but according to the specific circumstances of each particular case.

It is clear that reasonable proportionality must exist between investigative restrictive measures and the seriousness of the crime investigated, but where are the limits? Should there be different rules when facing a certain type of criminality? We have considered worth addressing these issues as we do not have a common standard to assess when the proportionality requirement is met when intrusive measures are granted within a criminal investigation.

II. New Challenges on the Right of Privacy

If we have started this presentation addressing the reality of new forms of complex criminality like terrorism, it is not because this type of criminality can be considered as statistically relevant –it is by far one of the less frequent criminal actions–, but it is a good example that entails the three main risks for the protection of human rights and particularly for the right for privacy within the criminal investigation: 1) the existence of emotional stress; 2) the need for pro-active action; 3) the definition of the fight against crime as a “state of war”⁷.

If we add the significant development of surveillance technologies and the possibility of collecting general information of potentially dangerous people –sometime unrelated to the prosecution of any criminal offence–, technologies that have led to the processing of huge new

⁵ In fact it is unquestionably admitted that worldwide level of privacy have declined, especially in response to the terrorist threats, see, for example, J.B. RULE and G. GREENLEAF, *Global Privacy Protection*, Cheltenham 2008, p.10; P. DE HERT and S. GUTWIRTH, “Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power”, in *Privacy and the Criminal Law*, (E.Claes, A. Duffy, S. Gutwirth eds.), Antwerpen, 2006, p.62.

⁶ A. ASHWORTH, *op. cit.*, p. 99

⁷ There is the dangerous tendency to blur the line between war and crime, see, among others, W. HETZER, *op. cit.*, 15; W. LAQUEUR, *Krieg dem Westen. Terrorismus im 21. Jahrhundert*, Berlin 2003, p.336-338. With regard to the topic of terrorism there is such an extensive literature that tackles this phenomenon from very different points of view, that makes it impossible to include a complete quotation here. Some of the studies we have consulted are, M. IGNATIEFF, *The lesser Evil. Political Ethics in the Age of Terror*, Princeton 2004; M. RANSTROP (ed.), *Terrorism and Human Rights*, Routledge 2007; W. SOFSKY, *Violence, Terrorism, Genocide, War*, San Antonio, Tx, 2003.

types of data –administrative files, criminal records, genetic, medical or financial data–, the sphere of privacy may strongly be curtailed by a variety of intrusive measures. While these measures and the use of technology facilitates considerably the law enforcement activities, it definitely pose a high risk on the respect to the private life of the citizens. Privacy is elusive in modern society and some losses occur out of choice. The conflict always present in the criminal law, as was already expressed by Ernst Beling⁸, between the respect for individual rights and the public interest to guarantee public security and efficiently prosecute the criminal offences, is particularly evident in the field of the criminal investigation and the adoption of intrusive measures restrictive of fundamental rights. And technology has given the state much more access to private information than it once had. Thus perhaps it should be admitted that privacy, understood as the right to be let alone, is not realistic anymore⁹

In this context, the inevitable questions that arise are: What are the limits for those intrusions? Shall the present global citizen renounce to its privacy in order to guarantee the global security? Is it possible to reach a common meaning of privacy with regard to the criminal investigation?

On the other hand, in the present “information society, can we still conceive the privacy as a right with the same value as it had in XIX and XX century, or should we recognize that its significance has undergone a change over the last decades? I am trying to draw attention to the present sociological phenomenon that we are witnessing nowadays and which has been called the “extimacy” as opposed to intimacy, to define the extended practice of making the intimate sphere public to everyone through internet. Only in Spain out from a population of 45 mill people, 13 million use face-book or other social networks as a way of sharing their privacy. I recently read the work of an Argentinean anthropologist –P. Sibia– that we are assisting to a change in the way we develop and build ourselves as individuals. Things that were traditionally considered to belong to the private sphere are now exposed to others. The introspective attitude is devaluated, and in some circles, only the one who communicates and publicly shares his most intimate thoughts and private emotions and experiences is regarded as fully integrated in society. Does this mean that the protection of privacy should also change in accordance to this new value? Is it still so important to preserve the privacy whilst we assist to a voluntarily exposure of that private sphere?¹⁰

We do not intend to come to conclusive and precise answers to these questions in this paper. Our aim is only to open a discussion on these issues, and stress out the need to agree on minimum standards that should apply within criminal investigations. Nevertheless, we already advance our opinion towards the respect for private life within the criminal investigation:

1) The right to privacy covers several aspects¹¹, and one of it is the right to self-determine the disclosure of personal information. No one can interfere in the private sphere that the individual has decided not to share with others, unless there is a ground that justifies it for reasons of public interest and with the safeguards established by the ECHR. The fact that many people

⁸ E. BELING, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*, Darmstadt 1903, pág. 40: “Möge es dem Gesetzgeber gelingen, für die Abwägung der durcheinander wirrenden Interessen auf der Waage der Themis die richtigen Gewichte zu finden!”

⁹ W. DIFFIE and S. LANDAU, *Privacy on the line. The politics of Wiretapping and Encryption*, Cambridge, Mass., 2007, p.171.

¹⁰ On the contrary, for V. TADROS, “Power and the Value of Privacy”, in *Privacy and the Criminal Law*, (E.Claes, A. Duff, S. Gutwirth eds.), p.115 “statements which would, in private, be intimate, don’t constitute intimate statements at all when they are made public. The very nature of a statement’s being intimate is that it is believed to be made in private”.

¹¹ V. TADROS, *op. cit.*, pp. 105 et seq.

open their intimacy to others through internet, does not allow the state or any law enforcement authority to intrude in that part of the privacy which has not been made public¹².

2) Following the case-law of the ECHR: *even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime*” the protection of fundamental rights remains non-negotiable beyond the exceptions and derogations provided by the Convention itself¹³.

There is a third question which should be analysed and I just pose it to open a discussion over it. With regard to privacy and electronic communication, according to EU Directive 2002/58¹⁴, one of the main principles that govern the legal regime of traffic data is that the Member States have to ensure the confidentiality of traffic data, to the same extent as the content of a communication¹⁵. But is this protection possible? Can the state effectively guarantee the secrecy of the electronic communications? And if not, is there a fundamental right to its confidentiality or should these communications be treated as conversations held in public? This question goes back to the U.S Supreme Court approach to the notion of privacy as the “reasonable expectation of privacy” and what can a normal person in our present society expect to remain private and what not¹⁶.

On the other hand, whilst with regard to traditional telephone communications it is quite easy to separate content data (the conversation) with the signalling or billing data, the distinction in the modern electronic communication networks is fading. Broadly speaking, “traffic data” can be defined as any computer data generated by a computer system in the chain of communication, indicating the communication’s origin, destination, route, size duration or type of service¹⁷, but in practice content and traffic data are generated simultaneously, as for example results obtained from data search engines, like google.

III. Approach of the European Court of Human Rights to the Right of Privacy within the Criminal Investigation

Art. 8 CEDH, under the title “Right to respect for private and family life”, states:

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of

¹² As long as the sharing of the private sphere self decided is. As Sofsky says, “indem sie ihr persönliches Interieur öffentlich präsentieren, berauben sie sich freiwillig ihrer Zufluchtsstätte. (...) Er allein entscheidet darüber, wie er sich öffentlich zeigt”; W.SOFSKY, *Verteidigung des Privaten*, München 2007, p.81.

¹³ *Jalloh v. Germany*, de 11.7.2006, in a case regarding to forcible medical intervention and the administration of emetics in a case involving a small scale drug dealer. Although the Court focused this case on the violation of Art. 3 of the Convention, and concluded that the citizen Abuh Bakah Jalloh had suffered inhuman and degrading treatment contrary to Art. 3, the declaration made in it is applicable to all fundamental rights.

¹⁴ Directive 2002/58/ EC of 12 July 2002, concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, O.J: L 201/37, 31 July 2002.

¹⁵ See Art.5 Directive 2002/58/ EC.

¹⁶ See *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). On this issue see F. VERBRUGGEN, in “The glass may be half-full or half-empty, but it is definitely fragile”, in *Privacy and the Criminal Law*, (E.Claes, A. Duffy, S. Gutwirth eds.), Antwerpen, 2006, p. 129: “If you know how intrusive technology has become, you cannot reasonably expect certain facts to remain secret or confidential”.

¹⁷ See the definition of the Convention on cyber-crime, Council of Europe of 23 November 2001, Art. 1, <http://conventions.coe.int/Treaty/en>

disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

As we can see, Article 8 is one of the articles of the European Convention which is *qualified*. In other words, the first part of the Article (Art. 8.1) sets out the right and the second part (8.2) then qualifies it, by providing for certain circumstances in which restriction on the right or interference with the right is permissible¹⁸. The importance of this is that whilst, considering the first part of Art. 8, there may be an interference with the right for privacy, it is still possible that that interference might be found to nonetheless be *justified* under Art. 8.2.

Art. 8 ECHR is very similar to Art. 12 of the Universal Declaration of Human Rights of 1948 and Art. 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, but presents an important difference: while these two latter covenants grant protection against “illegal or arbitrary” interferences, Art. 8 ECHR does not mention the illegality or the arbitrariness to define the scope of application of this precept. Art. 8 offers protection against interferences with the right to private and family life, the home and the correspondence. Respect for private life includes a right to develop one’s own personality as well as to create relationships with others.

The Convention is often described as a “living instrument”. This means that the nature of Convention rights and the extent to which they should be protected will depend upon society’s values at any one time. And this is especially applicable to the scope of Art. 8 and the notion of privacy.

When analysing if there has been a breach of Art. 8 ECHR, the Court first looks if there has been an interference in any of the rights embodied in Art.8 ECHR. If there is an interference, the next step is to evaluate if the interference has been done in accordance with the law of the place where the measure was taken. If the measure *does* prove to be in accordance with law, the test of *necessity* involves deciding whether there is a ‘pressing social need’ for the interference and whether the means employed are proportionate to the legitimate aim or aims pursued by the state. The law must be accessible to the person concerned and foreseeable in its effect. But if the action in question was *not* in accordance with law, then there is no requirement to consider if it was justified. In conducting such an examination, the nature, context and importance of the *right* asserted- and the extent of interference- must be balanced against the nature, context and importance of the *public interest* asserted as justification. With this general test in mind certain further observations can be made, both as to the requirement for legal certainty and the process of justification.

It is clear that the requirement which is most difficult to check is the proportionality of the measure. Only upon a case by case study we can learn in which situations and under which circumstances the Court has considered an investigative measure –be it a home search or telephone tapping or other interference with privacy– to be justified in a democratic society.

1. In accordance with the law

In a well established doctrine¹⁹, the Court has stated that words “in accordance with the law” require firstly that the impugned measure should have some basis in domestic law. However, that expression does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of the

¹⁸ See also, P. DE HERT and S. GUTWIRTH, “Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power”, cit., pp. 74-76; W. FREEDMAN, *The Right of Privacy in the Computer Age*, New York, 1987, pp. 10-11.

¹⁹ *Asi, Handyside v. United Kingdom*, of 7.12.1976, *The Sunday Times v. United Kingdom*, of 26.4.1979, *Kruslin v. France* and *Huvig v. France*, of 24.4. 1990, *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30.7.1998; *Rekvenyi v. Hungary*, of 20.5.1999.

law, requiring it to be compatible with the rule of law. The expression thus implies that there must be a measure of protection in domestic law against arbitrary interference by public authorities. From that requirement stems the need for the law to be accessible to the person concerned, who must, moreover, be able to foresee its consequences for him²⁰. And as was stated in *Valenzuela Contreras v. Spain* “especially where a power of the executive is exercised in secret the risks of arbitrariness are evident. In the context of secret measures of surveillance or interception by public authorities, the requirement of foreseeability implies that the domestic law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in and conditions on which public authorities are empowered to take any such secret measures. It is essential to have clear, detailed rules on the subject, especially as the technology available for use is constantly becoming more sophisticated”²¹. The requirement that the effects of the “law” be foreseeable means that the guarantees stating the extent of the authorities’ discretion and the manner in which it is to be exercised must be set out in detail in domestic law so that it has a binding force which circumscribes the judges’ discretion in the application of such measures.

The requirement that there is a detailed legal provision, is a necessary consequence of the principle of legality in a democratic state, which recognizes the supremacy of the rule of law²². In this context, the word “law” shall not be interpreted in a formal sense, and as the Court has put it, it covers “written but also unwritten law”. This broad concept of “law” not limited to statutory rules, has a special relevance in those countries that belong to the common law legal system²³.

The Strasbourg Court has found a lack of sufficient legal grounds in cases where, although there was a legal basis for the adoption of the investigative measure, the relevant statutory provisions were not detailed enough as occurred in the *Huvig* case²⁴. In that landmark judgment, the Court stated that the provisions of the French *Code de procédure pénal*—then Art. 368—, was too broad as it allowed the Investigating Judge to adopt any measures he judged necessary to investigate the criminal facts. In the case *Calogero Diana*²⁵, detention of correspondence: lack of sufficient legal basis: law not grounds for intercepting and opening and not specify maximum duration of the monitoring. Violation of Art.8 was found.

Also lack of legal basis: *Valenzuela Contreras*²⁶, wire tapping not enough Constitutional provision allowing restrictions on the secrecy of communications in Spanish law; later again, judgment against Spain, *Prado Bugallo*²⁷. Already legal provision, but not enough detailed: not

²⁰ *Kopp v. Switzerland* judgment of 25.3.1998.

²¹ *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30.7.1998, § 46. See also, *Malone v. United Kingdom*, of 2.8.1984; *Kruslin v. France* and *Huvig v. France*, f 24.4.1990; *Kopp v. Switzerland*, of 25.3.1998; *Valasinas v. Lithuania*, of 24.7.2001.

²² See, among others, N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid 1990, pp. 69-70.

²³ *The Sunday Times v. United Kingdom*, de 26.4.1979; *Malone v. United Kingdom*, de 2.8.1984. This doctrine is consistent with the different system of sources of law that exists in the common law legal orders, as well as with the value of the jurisprudence of the Constitutional Courts in the civil law countries.

²⁴ *Huvig v. France*, de 24.4.1990.

²⁵ *Calogero Diana v. Italy*, de 15.11.1996.

²⁶ *Valenzuela Contreras v. Spain*, of 30.7.1998. On telephone tapping in Spain, see, among others, J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid 1989; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid 1991; R. MARTIN MORALES, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid 1995; J. MONTERO AROCA, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal. Un estudio jurisprudencial*, Valencia 1999; A.P. RIVES SEVA, *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, Navarra 2000; V. MORENO CATENA, “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, en la obra colectiva *Jornadas sobre la justicia penal en España*, CGPJ, Madrid 1987, pp. 155-161; y J. JIMÉNEZ CAMPO, *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*, “RDC”, 1987, núm. 20, pp. 35-82, 58.

²⁷ *Prado Bugallo v. Spain*, de 18.2.2003.

definition of the persons that could be monitored, the remedies against the measure, system or recording and storing of the tapes.

The Kruslin and Huvig judgments mention the following minimum safeguards that should be set out in the statute in order to avoid abuses of power: a) a definition of the categories of people liable to have their telephones tapped by judicial order, b) the nature of the offences which may give rise to such an order, c) a limit on the duration of telephone tapping, d) the procedure for drawing up the summary reports containing intercepted conversations, e) the precautions to be taken in order to communicate the recordings intact and in their entirety for possible inspection by the judge and by the defence and f) the circumstances in which recordings may or must be erased or the tapes destroyed, in particular where an accused has been discharged by an investigating judge or acquitted by a court.

In case *Rotaru v. Romania*, of 4.5.2000, the Court decides on a case related to the existence and use of data contained in intelligence service archives. Mr. Aurel Rotaru in a procedure of damages of the victims of the communist regime, claimed that there were data of him collected 50 years ago by the intelligence service. Among those data, it said that Mr. Rotaru was member of an extreme right organization. According to Mr. Rotaru, that information was false and sue for damages. The claims were rejected, although later the authorities recognized that the information was in fact not true, and there had been a confusion with a person with the same name. In any event national courts refused the request for damages.

Strasbourg Court after stating that the data collected and stored by the Romanian intelligence services interfered with the right to privacy, analyzed if there was sufficient legal basis. According to the statutory provisions existing at the time the data were stored, there was a legal basis, but not precise enough to meet the requirements of the ECHR and grant full protection to the affected person: the rule did not establish what kind of information could be stored, nor did specify which persons could be subject to the surveillance measures nor contained provisions regarding the period of time the information could be stored and under which circumstances it should be destroyed. The absence of a complete regulation, led the Court to judge that there had been a breach of the Convention and Mr. Rotaru's right to privacy had been violated. In this case, there was no further need to verify if the aims were justified or the measure was proportionate.

By establishing the requirement of precise legal provision, and the minimum content of the legal regulation in order to meet the certainty and foreseeability requirement, the ECHR has set the common guidelines to be followed by each of the Member States legal orders, and thus contributed to a certain degree of harmonization within the European legal systems.

2. Measure necessary in a democratic society and proportionality principle

For an investigative measure that interferes with the right to privacy to be in conformity with the Convention it must not only have a legal basis, its adoption has to be necessary in a democratic society, in other words, it has to respond to a *pressing social need*²⁸.

Only under these circumstances can an interference by the state in the privacy be justified. It is the judicial authority who has to assess if in a certain case there is a social pressing need that allows the restriction of a fundamental right, according to the legitimate interest of the criminal investigation and the prosecution of the criminal offence.

There are no fixed rules to assess the existence of a pressing social need. The court has stated that there is a pressing social need, when: 1) the aim is legitimate, and in Art. 8 ECHR it already states that the prosecution of a crime is a legitimate aim. Only in very rare occasions the

²⁸ See, for example, *Silver v. United Kingdom*, of 25.3.1983; or *Camezind v. Switzerland*, of 16.12.1997.

Court has found a violation of Art. 8 because there was not a legitimate aim, as the investigation of a criminal act is considered a legitimate aim. 2) The second step is to control if the measure was strictly necessary, and the measures adopted to investigate it will be considered necessary if there are no less intrusive means to reach the same results or the measure is not adequate to the aim pursued. To fulfil this requirement the measure does not have to be absolutely indispensable, being enough that it is reasonably necessary and convenient²⁹.

The Court requires that, whatever system of surveillance is adopted, there exists adequate and effective guarantees against abuse. This assessment has only a relative character: it depends on –among other things– the kind of remedy provided by the national law. It therefore has to be determined whether the procedures for supervising the ordering and implementation of the restrictive measures are such as to keep the ‘interference’ resulting from the contested legislation to what is ‘necessary in a democratic society’.³⁰ If in domestic law there is not an adequate remedy, the interference turns out to be illicit and in contravention of Art. ECHR as was declared in the case *Lambert v. France*³¹.

Finally, the measure must respect the proportionality principle. Proportionality is an abstract concept, it could also be said that we are facing an empty concept that needs to be defined according to the values of society. The Strasbourg Court has consistently held that the principle of proportionality is inherent in evaluating the right of an individual person and the general public interests in society³². This means that a fair or reasonable balance must be attained between those countervailing interests. Elements to evaluate the proportionality principle in the criminal investigation are the seriousness of the crime, the intensity of the suspicions, the perspective of success of the measure, and the prejudice caused to the individual person with regard to the usefulness of the results.

The ambiguities present in the evaluation of the “necessity of the measure in a democratic society” respond to the search of an adjustment between the supranational protection of human rights and the respect for the features and principles of the national legal systems. The efforts of the Court to achieve a right balance between the sovereignty of the states and the values envisaged in the Convention, have materialized in the doctrine of the state margin of appreciation. The Court has pointed out that national authorities enjoy a margin of appreciation in assessing whether there is a pressing social need³³.

²⁹ *Handyside v. United Kingdom*, of 7.12.1976, a case regarding the limits of the freedom of expression, but the reasoning contained in it is applicable to the restriction of any other fundamental right and also the right for privacy.

³⁰ *Klass and Others v. Germany*, of 6.10.1978.

³¹ In the case *Lambert v. France*, de 24.8.1998, the conversations of Mr. Lambert were wiretapped within a criminal investigation of a theft. The measure was accorded in conformity with the law, the legal basis was considered sufficient and the aim pursued legitimate. But, due to the judicial interpretation of the French courts, the person whose conversations were tapped, was denied the possibility to challenge the measure, because he was not the owner of the line. Precisely, the Court of Cassation affirmed the decision appealed against and held that the applicant had no standing to challenge the manner in which the duration of the monitoring of a third party's telephone line was extended. As a result, Mr. Lambert was denied effective protection under the national law, which was consequently held as a violation of Article 8 of the Convention.

Generally on the requirement of an "effective control" of the lawfulness of an investigative measure, to which citizens are entitled under the rule of law see *Klass and others v. Germany*, de 6.9.1978. See the note on this judgement by S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, págs. 541-542.

³² See Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen-Oxford, 2002, p. 14.

³³ The state margin appreciation doctrine was explicitly mentioned for the first time in the case *Handyside*, 7.12.1976, §§ 48-49, in relation with the notion of what is “obscene”. However, implicitly it was already present in previous judgments, like in the case *Lawless v. Ireland* de 1.7.1961.

In sum, the doctrine of the margin of appreciation allows the national authorities a certain discretionary power to assess the necessity and proportionality of the investigative measures that interfere with fundamental rights. This is usually explained by saying that national authorities are in a better position to evaluate the necessity of the measures and thus to find the right balance between the protection of the individual and the objectives of the public interest. The states are given a margin of discretionary power in order to comply with the standards of the Convention³⁴.

¿What is the scope of this margin of appreciation? A too broad discretionary power would be contrary to the essence of the fundamental rights, but to try to limit it excessively would amount to the supranational court having to decide in every single case on the necessity of each measure and thus with the risk of becoming a fourth instance. In fact, only having a look to the decisions rendered with regard to investigative measures restrictive of the right to privacy, we can approach to the standard of protection the ECHR offers, if there is any such standard.

The following cases show some examples on how the Court has evaluated the proportionality requirement in the criminal investigation:

Within the **entry and search** measure:

1) In the case *Niemitz v. Germany*, of 16.12.1996, the Court deals with a criminal case for menaces and insults to a judge, where an a judicial order of entry and search of a lawyer's office is granted. Once the warrant was issued, the police searched a number of files in the legal practice. The Court held, however, that the measure was held to be not proportionate as the judicial warrant was too broad allowing to search documents, and not restricting to certain documents. In this case, to assess the proportionality, the Court took into account the special confidentiality of the lawyer-client relationship, and finally found there had been a violation of Art.8 ECHR.

2) In *Miailhe v. France*³⁵, during the investigation of an tax fraud offence and infringements against the customs rules a search and entry of Mr Miailhe premises was granted and more than 15.000 documents were seized. The Court decided that there was a sufficient legal basis, the necessity of the entry and search was justified, but the indiscriminate seizure of so many documents was disproportionate. Furthermore, this huge seizure lacked sufficient control, circumstances that led to find a violation of Art. 8 ECHR.

3) *Z. v. Finland*³⁶ deals with the investigation of a sexual offence and possible infection of the victim with AIDS. The search of medical archives was granted and lawful under the domestic law. In order to evaluate the proportionality the Court attended to the seriousness of the crime, the way in which the search of documents was done and the measures provided by the Finnish law to preserve the confidentiality. It concluded that the measure was not disproportionate, but the time limit established in the statutory provisions to guarantee the confidentiality of the medical data –a time of ten years–, was considered to violate art. 8 ECHR³⁷.

With regard to the respect for privacy in relation to postal **correspondence**:

There are several sentences dealing with this issue, but all of them in the context of communications of imprisoned person³⁸, and thus not within a criminal investigation. These

³⁴ As pointed out by Y. ARAI-TAKAHASHI, op.cit, p.3, this doctrine finds its origins in the case law of the French *Conseil d'État*, as well as in the administrative discretionally doctrine developed in the civil law systems.

³⁵ *Miailhe v. France*, de 25.2.93.

³⁶ *Z. v. Finland*, de 25.2. 1997.

³⁷ This sentence includes a partly dissenting opinion of Judge Mayer states that “without prejudice to what might be acceptable with regard to other information in criminal case files, I consider that medical data in such files must remain confidential indefinitely. The interest in ensuring that court proceedings are public is not sufficient to justify disclosure of confidential data, even after many years have elapsed.”

³⁸ See *Golder v. United Kingdom*, de 21.2.1975; *Silver v. United Kingdom*, 25.3.1983; *Boyle and Rice v. United Kingdom*, 27.4.1988; *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, 20.6.1988; *McCallum v. United Kingdom*, de 30.8.1990; *Campbell v. United Kingdom*, de 25.3.1992; *Messina v. Italy*, de 26.2.1993 y de 24.10.2002; *Calogero*

decisions are interesting in order to evaluate the proportionality principle of the interference, especially when this affects the privileged relationship client-lawyer³⁹. We will not mention these cases here, as they are only indirectly related to the topic of this presentation.

With regard to **telephone tapping**:

All judgments that we have found that deal with telephone tapping focus on the question of the sufficient legal basis, as the leading cases *Malone v. United Kingdom*⁴⁰ and *Kruslin and Huvig*, already mentioned. There are other decisions, like *Amann v. Switzerland*⁴¹ where the Court draws attention to the insufficient protection of the rights of third persons that are affected by the interception of a telephone conversation. But even in this last case, the Court only deals with the sufficient legal provision. As far as we know, no case-law is found that shows how is the proportionality principle to be assessed with regard to wire tapping or electronic surveillance of communications.

IV. Conclusions

Within the ambit of the Council of Europe countries, the case-law of the European Court of Human Rights has played and is still playing an essential role in the definition and protection of the fundamental rights and at the same time it has acted as an integrating element of the European Union. We are not in front of a mere declaration on human rights: the Convention constitutes an effective instrument to control the respect of those rights. Thanks to the decisions of the ECHR many reforms have taken place in the criminal proceedings along Europe, and significant advances have taken place towards the implementation of the procedural safeguards. In general, the regulation of the criminal proceedings have gained more transparency and the level of protection of the individual rights has definitely been increased.

However these significant contributions of the ECHR⁴², we have to point out that in the field of criminal investigative measures and right to privacy we are still very far from reaching a common standard or a uniform understanding on the limits of these measures: proportionality is still a notion to be defined. The Court has focused primarily and almost exclusively on the legality requirement, skipping the issue of the content and limits of the right to privacy. There are no specific guidelines to define the right balance between the interests of a criminal investigation and the protection of the right to privacy, at least not until now⁴³. But, this might be the most sensible policy of the Court, not only because we lack of universally accepted standards to measure the necessity of limitations on human rights and especially on privacy, but also in order not to stress to

Diana v. Italy, de 15.11.1996; *Di Giovine v. Italy*, de 26.7.2001; *Puzinas v. Lithuania*, de 14.3.2002; *A.B. v. Neatherlands*, de 29.4.2002.

³⁹ See, for example, *S. v. Switzerland*, de 21.11.1991.

⁴⁰ *Malone v. United Kingdom*, de 2.8.1984.

⁴¹ *Amann v. Switzerland*, de 16.2.2000. In this case a businessman resident in Switzerland received a telephone call from a woman to buy a depilatory appliance. She was calling from the former Soviet embassy. That telephone call was intercepted by the Federal Public Prosecutor's Office, and a file was created indicating he had relations with a communist party, which then requested the Intelligence Service to carry out an investigation into the applicant. The Court held that Art.8 of the Convention had been violated, because the domestic law regarding telephone tapping did not contain specific and detailed provisions to comply with the accessibility and foreseeability requirements and the applicant had had no remedy before the national authorities in order to control the measure and if appropriate, seek redress.

⁴² Vid. U. SIEBER, "Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht. Einführung zum Corpus Iuris", en *Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, (ed. M. Delmas-Marty), Köln 1998, p. 26.

⁴³ Critic on this policy of the ECHR, see DE HERT and S.GUTWIRTH, *op. cit.*, pp.86-87.

much its own existence⁴⁴. Finally, privacy has a multitude of meanings and dimensions, all depending on the context, including not only those activities that connote freedom from intrusion, but also data protection⁴⁵.

Questions like what should be defined as a serious offence that justifies the adoption of a investigative measure restrictive of the fundamental right to privacy, cannot be answered in a clear and common way. On the other hand, issues like what are the minimum indications or what kind of suspicions have to be present in a case in order to allow a telephone tapping, also can only be answered on a national basis⁴⁶.

These questions tend to be kept within the national discretionary power through the doctrine of the state margin of application and only in very rare cases, the Court sets up guidelines to interpret the principle of proportionality of the investigative measures. Thus the states have considerable leeway in determining the proportionality of e inroads in fundamental rights. As a result, we do not find guidelines to define the limits of the state interference in the sphere of our private life. It is easy to require a measure to be in conformity with the proportionality principle, and at the same time leaving each state the task to define what is to be considered proportional.

The right to privacy is not absolute and restrictions may be justified for example, on grounds of public interest, national security or prevention of crimes. Thus even rights that are declared to be fundamental must be the subject of constant appraisal and re-appraisal. Thus the content of the right for privacy is to a certain extent flexible. And every time we are confronted with conflicting interests, we are facing the difficulty of finding the right balance between the public interests and the protection of the individual rights. The outcome depends on how we value the significance of the public interest at stake or how we interpret the existence of a pressing social need, and to how extent are we willing to give renounce to our own privacy. A serious public debate on the content of fundamental rights and particularly of the right to privacy is needed in Europe.

At the end, after having a look on all the legal tests and balances, it will be necessary to take a view on reality and express a preference for the sort of society in which one wants to live⁴⁷: one with more freedom and more privacy with higher risks for security, or on the contrary.

⁴⁴ As F. VERBRUGGEN states, *op. cit.*, p.125, the Strasbourg Court is not technically a Constitutional Court and “giving the national lawmakers of different states some leeway in ascertaining the necessity of intrusive measures is sound court policy”.

⁴⁵ J.K. SOBEL, K.J.PETRULAKIS, D.M. DIXON-THAYER, “The evolution of data protection as a privacy concern, and the contract law dynamics underlying it”, in *Securing Privacy in the Internet Age*, Stanford, Ca, 2008, p.55.

⁴⁶ See also, H.H. KÜHNE, “Grundrechtsschutz in einem grenzenlosen europäischen Strafrecht”, en la obra colectiva *Europäischer Grundrechtsschutz*, cit., pp. 61 and 65.

⁴⁷ A. ASHWORTH, p. 43; W. DIFFIE and S. LANDAU, *Privacy on the line. The politics of Wiretapping and Encryption*, cit., pp.170-171.

LIMITAREA DREPTULUI LA VIAȚĂ PRIVATĂ ÎN CURSUL URMĂRIII PENALE. JURISPRUDENTA CEDO*

Lorena BACHMAIER WINTER**

Cuvinte cheie: dreptul la viață privată, limitări ale drepturilor fundamentale, urmărirea penală, jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului

1. Introducere

Crima organizată, infracțiunile transfrontaliere, cum ar fi cele informatice și spălarea banilor, precum și fenomenul complex al terorismului internațional, în special după atacurile din 11 Septembrie, constituie noi provocări pentru sistemul justiției penale¹. Aceste noi tipuri de infracțiuni au un grad ridicat de pericol social reprezentând o amenințare globală de dimensiuni istorice. Instituțiile abilitate cu aplicarea legii se confruntă cu infracțiuni ce se extind în afara frontierelor naționale cu acte izolate, la întâmplare, ce generează un sentiment de insecuritate în rândul membrilor societății, câteodată chiar un șoc colectiv sau cel puțin un stres emoțional. În aceste situații se impune ridicarea nivelului de protecție a valorilor sociale iar Andrew Ashworth sublinia că în cazurile atingerilor aduse chiar dreptului la viață primordialitatea interesului public intră în conflict cu drepturile individuale fundamentale².

În fața celor mai grave infracțiuni, în special a terorismului, guvernele au intenția de a deroga de la principiile generale de drept penal în vederea adoptării de măsuri preventive de acțiune și de anticipare a săvârșirii de asemenea acte justificând conceptul de „război împotriva terorismului”³ care permite înlocuirea sistemului de reacție socială activ cu unul pro-activ ce conține metode de cercetare penală mult mai ferme și mai invazive constituind excepții de la respectarea drepturilor fundamentale ale omului⁴.

În aceste situații de excepție, când organele competente ale statului și chiar o parte a societății, reclamă măsuri ferme de combatere a infracționalității, dreptul la viață privată poate fi grav atins⁵. Cu cât măsurile necesare protecției siguranței statului sunt mai represive cu atât atingerile aduse drepturilor omului vor fi mai extinse⁶.

* Lucrarea a fost redactată în cadrul proiectului de cercetare „*Integracion europea y armonizacion de las garantias fundamentales en el proceso penal*” (SEJ2005-05719/JURI) finanțată de Ministerul Științei și Educației din Spania.

** Profesor universitar doctor, Facultatea de Drept, Universitatea Complutense, Madrid, Spain (e-mail: l.bachmaier@der.ucm.es). Traducerea: Cornelia Hanna Budur.

¹ Cu privire la terorism ca amenințare globală a se vedea, W. Laqueur, *Die globale Bebrohung*, New York 1998, pp. 95 și următoarele.

² Pentru interesele conflictuale ale justiției penale și riscul asupra interesului public, argumente pentru respectarea drepturilor omului, a se vedea analiza lui A. Ashworth, *Human rights, Serious crime and Criminal Procedure. The Hamlyn Lectures*, London, 2002, pp. 93 și următoarele.

³ A se vedea W. Sofsky, *Das Prinzip Sicherheit*, Frankfurt a.M., 2005, pp. 114 și următoarele; W. Hetzer, „*Terrorist attacks. Criminal Procecutation or National Defence?*”, *Eur Journal on Criminal Policy and Research*, vol.13, nr. 1-2 (April 2007), pp. 33-55, 42 și următoarele.

⁴ M. Freedman, *Freedom or Security. The consequences fr democracies using emergency powers to fight terror*, Westport, 2003.

⁵ Este indubitabil că a scăzut nivelul de protecție a vieții private, în special ca răspuns la atacurile teroriste, a se vedea, ca exemplu, J. B. Rule și G. Greenleaf, *Global Privacy Protection*, Cheltenham 2008, p.10; P. de Hert and S. Gutwirth, „*Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power*”, în *Privacy and Criminal Law*, (E. Claes, A. Dufy, S. Gutwirth eds.), Antwerpen, 2006, p. 62.

⁶ A. Ashworth, *op. cit.*, p. 99.

Scopul lucrării este analiza jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului (în continuare Curtea) în situațiile speciale în care se impune protejarea dreptului la viața privată pe parcursul procesului penal, jurisprudența Curtea stabilind standardul minim de respectare a acestui drept. Cu toate că aceste decizii ale Curtea s-au dovedit a fi esențiale pentru înțelegerea conținutului drepturilor fundamentale și a principiilor de drept penal ele nu conțin un set de reglementări prin care să se satbilească condițiile în care autoritățile statului pot aduce atingere dreptului la viața privată fără a încălca art.8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (în continuare, Convenția). Datorită acestei marje de apreciere asupra condițiilor necesare nu există o interpretare unitară a conceptului de viață privată. Pe de altă parte testul de proporționalitate dintre necesitatea derogării și caracterul de drept fundamental al respectării vieții private este rar aplicat la luarea măsurilor procesuale din faza urmăririi penale iar Curtea are tendința de a verifica exclusiv legalitatea și necesitatea acestora. Și chiar în cazurile în care se constată un raport de proporționalitate între interesul public și respectarea dreptului la viața privată, conținutul dreptului nu este definit în mod general, uniform, ci depinde de circumstanțele fiecărui caz de încălcare în parte.

Este clar că trebui să existe o proporționalitate între măsurile procesuale restrictive impuse și gradul de pericol social al infracțiunii, dar care sunt limitele acesteia? Ar trebui să existe câte o reglementare pentru fiecare categorie de infracțiuni? Răspunsul la aceste întrebări este esențial pentru că nu există un standard comun asupra aplicării condiției de proporționalitate ce trebuie împlinită la dispunerea unor asemenea măsuri procesuale în faza urmăririi penale.

2. Noi provocări ale dreptului la viață privată

Dacă am început prezentarea cu enumerarea a noi tipuri de infracțiuni complexe, cum ar fi terorismul, nu este pentru că ar fi statistic relevant – fiind de departe una din cele mai puțin frecvente infracțiuni – ci pentru că este un exemplu relevant ce întrunește cele trei riscuri majore pentru protecția drepturilor omului, și în particular pentru dreptul la viața privată în cursul procesului penal: 1) existența unui stres emoțional; 2) necesitatea unei intervenții pro-active; 3) definirea luptei împotriva infracțiunilor ca o „stare de război”⁷.

Dacă luăm în considerare progresul major al tehnicilor de supraveghere și al posibilității de a obține informații generale asupra unor indivizi potențial periculoși – câteodată chiar în afara urmăririi penale –, tehnologii care duc la procesarea unor cantități mari de informații - dosare administrative, antecedente penale, profile genetice, medicale sau financiare - , domeniul vieții private poate fi restrâns prin o multitudine de măsuri invazive. Datorită faptului că aceste măsuri sunt facilitate de tehnologiile moderne, ele reprezintă un risc major pentru respectarea vieții private a cetățenilor. Dreptul la viață privată devine foarte precar într-o societate modernă, restrângerile devenind de neevitat. Conflictul întotdeauna prezent în legea penală, așa cum era perceput de Ernst Beling⁸, dintre respectarea drepturilor individuale și interesul public de a apăra valorile sociale și de a garanta eficiența procesului penal, este mult mai evident în faza urmăririi penale în cazul dispunerii de măsuri restrictive de drepturi fundamentale. Iar tehnologia a permis statului o imixtiune în viața privată a individului din ce în ce mai mare. Din acest motiv s-ar putea

⁷ Există o tendință periculoasă de a se șterge linia dintre război și infracțiuni, a se vedea, printre alții, W. Hetzer, *op. cit.*, p.15; W. Laqueur, *Krieg dem Westen. Terrorismus im 21. Jahrhundert*, Berlin, 2003, p. 336-338. Cu privire la noțiunea de terorism, există numeroase studii care abordează fenomenul din diferite puncte de vedere, devenind imposibilă menționarea tuturor aici. Câteva din studiile consultate sunt, M. Ignatiev, *The lesser Evil. Political Ethics in the Age of Terror*, Pricetown, 2004; M. Ranstrop (ed.), *Terrorism and Human Rights*, Routledge, 2007; W. Sofsky, *Violence, Terrorism, Genocide, War*, San Antonio, Tx, 2003.

⁸ E. Beling, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*, Darmstadt, 1903, p. 40.

spune că viața privată, ca drept al individului de a fi lăsat în pace, nu mai reprezintă un concept realist⁹.

În acest context apar întrebări inevitabile: Care sunt limitele acestei imixțiuni? Ar trebui să renunțe cetățeanul la viața sa privată în favoarea garanției unei securități globale? Este posibilă o interpretare unitară asupra conceptului de viață privată în contextul urmăririi penale?

Pe de altă parte, în prezent, în această societate a informațiilor, dreptul la viața privată mai are același conținut ca în secolul al XIX-lea sau în secolul al XX-lea sau trebuie reevaluat în contextul schimbărilor din ultimele decenii? Am încercat să atrag atenția asupra acestui fenomen sociologic contemporan în desfășurare care opune transparența intimității individului expunându-i viața privată publicului prin intermediul internetului, chiar prin voința acestuia uneori. Numai în Spania, din o populație de 45 de milioane, 13 milioane folosesc Face-book sau alte rețele de comunicare ca mijloace de expunere a vieții private. Am citit recent lucrarea unui antropolog argentinian – P.Sibilia – care susține că asistăm în prezent la o schimbare a modului în care ne construim și ne dezvoltăm personalitatea ca indivizi. Elemente care în mod tradițional erau considerate ca aparținând vieții private acum sunt expuse publicului. Atitudinea introspectivă este dezavuată, iar în anumite cercuri, numai cei care își exprimă public cele mai intime sentimente și experiențe sunt considerați pe deplin integrați în societate. Acest lucru demonstrează oare necesitatea schimbării conceptului de protejare a vieții private corelat la noua sa valoare? Este la fel de importantă protejarea intimității când asistăm la o renunțare voluntară la aceasta prin expunerea publică¹⁰?

Nu intenționăm să tragem concluzii nici să răspundem ferm la aceste întrebări. Scopul urmărit este acela de a aduce în discuție aceste probleme și să arătăm necesitatea găsirii unor standarde minime care ar trebui regăsite în cadrul oricărui proces penal. Cu atât mai mult susținem respectarea vieții private pe parcursul urmăririi penale:

1). Dreptul la viața privată cuprinde mai multe aspecte printre care se află și dreptul la păstrarea confidențialității voluntare asupra unor informații personale¹¹.

Nimeni nu poate interveni în această sferă privată decât dacă individul permite accesul sau dacă există motive temeinice care să justifice un interes public cu respectarea garanțiilor impuse de Curtea. Faptul că mulți indivizi își expun viața privată prin intermediul internetului nu dă dreptul statului și organelor judiciare să pătrundă în sfera privată rămasă neexpusă¹².

2) Conform jurisprudenței Curții: chiar în cele mai dificile situații cum ar fi lupta împotriva terorismului și a crimei organizate protecția drepturilor fundamentale rămâne absolută, nenegociabilă, cu excepțiile și derogările prevăzute chiar în Convenție¹³.

În acest context apare o a treia întrebare care trebuie ridicată și pusă în discuție publică. Referitor la confidențialitatea comunicațiilor electronice, în acord cu reglementarea Directivei UE 2002/58¹⁴, unul din principiile generale ce guvernează regimul legal al traficului de date este acela

⁹ W. Diffie and S. Landau, *Privacy on the line. The politics of Wiretapping and Encryption*, Cambridge, Mass., 2007, p.171.

¹⁰ În sens contrar, V. Tadros, "Power and the Value of Privacy", in *Privacy and the Criminal Law*, (E. Claes, A. Duffy, S. Gutwirth eds.), p. 115.

¹¹ V. Tadros, *op. cit.*, pp. 105 și următoarele.

¹² Atâta timp cât decidem să neîmpărtășim celorlalți viața privată, așa cum afirmă Sofskey "indem sie ihr persönliches Interieur öffentlich präsentieren, berauben sie ich öffentlich zeigt"; W. Sofskey, *Verteidigung des Privaten*, München, 2007, p. 81.

¹³ *Jalloh v. Germany*, din 11.7.2006. este un caz privind asistența medicală forțată asupra unui traficant de droguri. Chiar dacă atenția Curții a fost îndreptată pe încălcarea art.3 al Convenției, constatând că cetățeanul Abuh Bakah Jalloh a fost supus tratamentelor inhumane și degradante, dispoziția poate fi aplicabilă tuturor drepturilor fundamentale.

¹⁴ Directiva 2002/58/EC din 12 iulie 2002, privind procesarea datelor personale și protecția confidențialității comunicațiilor electronice, O.J: L 201/37, 31 iulie 2002.

că Statele Membre au obligația să asigure confidențialitatea acestuia extinsă la tot volumul de date¹⁵. Dar este posibilă această protecție? Poate statul efectiv garantează secretul comunicațiilor electronice? Și dacă nu, există o absolută confidențialitate asupra acestora sau trebuie tratate ca niște conversații ținute în public? Privitor la această problemă, Curtea Supremă a Statelor Unite a dat o accepțiune a confidențialității ca fiind predictibilă și rezonabilă în măsura în care un individ al societății contemporane poate opta pentru limitele expunerii sale publice¹⁶.

Pe de altă parte, referitor la tradiționalele conversații telefonice, este facilă separarea conținutului de alte date, pe când în cazul comunicațiilor electronice moderne această separare nu este posibilă. Tehnic vorbind traficul de date poate fi definit ca totalitatea informațiilor generate de un computer sau de un sistem de calcul dintr-o rețea, care indică originea comunicației, destinația, ruta, durata sau tipul de serviciu¹⁷, dar practic conținutul și traficul sunt generate simultan, ca de exemplu rezultatele căutărilor pe un motor de căutare cum este Google.

3. Reglementarea Convenției asupra dreptului la viața privată în contextul urmării penale

Art.8 din Convenție sub titlul "Dreptul la respectarea vieții private și de familie" statuează: 1). *Fiecare are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a locuinței și a corespondenței.* 2). *Autoritățile statului nu pot restrânge exercițiul acestui drept decât în situații de interes public ce privesc siguranța statului, ordinea publică, bunăstarea economică a statului, prevenirea infracțiunilor sau tulburărilor publice, sau pentru protejarea drepturilor și libertăților celorlalți.*

După cum se observă articolul 8 este unul *calificat*. Cu alte cuvinte, în art. 8 alin. 1 este consacrat dreptul iar în art. 8 alin. 2 acesta este calificat. Deasemenea, sunt reglementate situațiile de restrângere a acestuia, situații în care este permisă intruziunea statului în viața privată¹⁸. Importanța acestei calificări este aceea că în considerarea primei părți a articolului 8 chiar dacă atingerile aduse dreptului la viața privată nu sunt permise ne putem afla totuși într-unul din cazurile prevăzute de art. 8 alin. 2 în care aceste atingeri pot avea o justificare.

Art. 8 din Convenție este similar cu art.12 din Declarației Universale a Drepturilor Omului din 1948 și art.12 al Convenției Internaționale asupra Drepturilor Civile și Politice din 1966, dar prezintă o importantă diferență în sensul că în timp ce ultimele două garantează protecția împotriva atingerilor „ilegale sau arbitrare”, art.8 din Convenție nu utilizează conceptele de arbitrar sau ilegal pentru a defini scopul garanției date indivizilor. Art. 8 garantează o protecție necondiționată vieții private și de familie, a locuinței și corespondenței. Respectul pentru viața privată include și dreptul individului de a-și dezvolta propria personalitate precum și relațiile personale.

Convenția este deseori descrisă ca un „instrument viu”. Aceasta înseamnă că natura și conținutul drepturilor pe care le protejează depind de valorile societății contemporane. Acest lucru se aplică în mod special scopului art. 8 precum și conceptului de viață privată.

¹⁵ A se vedea Art.5 Directiva 2002/58/EC.

¹⁶ A se vedea *Katz v. United States*, 389 U.S.347(1967). În această problemă a se vedea F. Verbruggen, în "The glass maybe half-full or half-empty, but is definitely fragile", în *Privacy and the Criminal Law*, (E. Claes, A. Duffy, S. Gutwirth eds.), Antwerpen, 2006, p. 129: "If you know how intrusive technology has become, you cannot reasonably expect certain facts to remain secret or confidential".

¹⁷ A se vedea definiția infracțiunii cibernetice din Convenție, Consiliul European din 23 noiembrie 2001, Art.1, <http://conventions.coe.int/Treaty/en>.

¹⁸ A se vedea, P. de Hert și S. Gutwirth, "Privacy data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power", *op. cit.*, pp.74-76; W. Freedman, *The Right of Privacy in the Computer Age*, New York, 1987, pp.10-11.

Când analizează o încălcare a art.8 din Convenție, Curtea analizează mai întâi atingerile aduse drepturilor garantate de Convenție. Dacă acestea există, pasul următor este evaluarea încălcării și dacă s-a respectat legea internă în momentul dispunerii măsurii procesuale. Dacă se dovedește că măsura a fost luată cu respectarea legii se trece la efectuarea *testului de necesitate* care arată dacă a existat o „nevoie socială urgentă” care a determinat dispunerea măsurii procesuale proporțional cu scopul legitim urmărit de către stat.

Dar dacă măsura nu s-a dispus cu respectarea legii, aceasta este declarată ilegală, fără a se mai cerceta dacă a fost necesară sau nu. În efectuarea acestei analize Curtea pune în balanță natura, contextul și importanța dreptului cu împrejurările de fapt și importanța *interesului public* legitim care să justifice măsura procesuală dispusă.

Este clar că cel mai dificil este verificarea proporționalității măsurii. Numai studiind fiecare caz de încălcare în parte ne putem da seama în ce situații și sub care circumstanțe Curtea a considerat o măsură – de exemplu o percheziție domiciliară, o interceptare telefonică sau orice altă intruziune în viața privată – ca fiind justificată într-o societate democratică.

3.1. Restrângerea dreptului la viață privată trebuie să fie reglementată în legea națională

Cu o jurisprudență uniformă, Curtea a decis că „respectarea prevederilor legale”¹⁹ necesită în primul rând ca măsura procesuală dispusă să aibă o bază legală. Mai mult expresia nu se referă în general la reglementarea internă, ci expres la norma care a stat la baza dispunerii măsurii respective. Adică trebuie să existe o normă internă expresă, de protecție împotriva măsurilor abuzive sau arbitrare ale statului și a autorităților sale publice. Din această cerință reiese că legea trebuie să fie accesibilă persoanei în cauză, care trebuie să-i prevadă consecințele²⁰. Astfel a statuat Curtea în *Valenzuela Contreras v. Spain* „în special când exercitarea puterii executivului se face în secret, riscul arbitrariului măsurii crește”. În contextul unor măsuri secrete de supraveghere sau interceptare din partea autorităților publice, cerința cunoașterii consecințelor implică faptul că legea internă trebuie să fie suficient de clară, ca terminologie, pentru ca cetățenii să cunoască circumstanțele și condițiile în care autoritățile publice sunt autorizate să dispună asemenea măsuri secrete. Este esențială edictarea unor norme clare și amănunțite cu atât mai mult cu cât tehnologia folosită devine din ce în ce mai sofisticată²¹. Cerința ca efectele legii să fie transparente înseamnă că garanția asupra discreției autorităților și modalitatea de exercitare trebuie să fie expres prevăzute în norma internă astfel încât să constituie o obligație a organelor judiciare autorizate în aplicarea unor asemenea măsuri.

Cerința ca prevederile legale să fie amănunțite este o consecință necesară a principiului legalității într-un stat democrat, care recunoaște supremația legii²². În acest context cuvântul „lege” nu trebuie interpretat în sens formal, ci, în accepțiunea Curții, în sens larg acoperind „legea scrisă și nescrisă”. Acest concept al „legii”, care nu se limitează la legile ordinare are o relevanță specială în țările cu sistem *common law* în care jurisprudența este izvor de drept²³.

¹⁹ *Asi, Handyside v. United Kingdom*, din 7.12.1976, *The Sunday Times v. United Kingdom*, din 26.4.1979, *Kruslin v. France* și *Huvig v. France*, din 24.4.1990, *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30.7.1998; *Rekvenyi v. Hungary*, din 20.5.1999.

²⁰ *Kopp v. Switzerland* decizia din 25.3.1998.

²¹ *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30.7.1998. A se vedea și *Malone v. United Kingdom*, din 2.8.1984; *Kruslin v. France* și *Huvig v. France*, din 24.4.1990; *Kopp v. Switzerland*, din 25.3.1998; *Valensinas v. Lithuania*, din 24.7.2001.

²² A se vedea printre alții, N. Gonzales-Cuellar, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, pp.69-70.

²³ *The Sunday Times v. United Kingdom*, din 26.4.1979; *Malone v. United Kingdom*, din 2.8.1984. Această doctrină se aplică în sistemele *common law*, unde jurisprudența este izvor de drept.

Curtea a considerat ca insuficiente temeiurilor legale în cazurile în care, chiar dacă exista o bază legală pentru dispunerea măsurii procesuale, reglementările existente nu erau suficient de amănunțite, ca în cazul *Huvig*²⁴. Într-o decizie de referință, Curtea a statuat că prevederile Codului de Procedură Penală Francez - atunci art.368 -, era prea extins, autorizându-l pe judecătorul de instrucție să dispună orice măsură pe care o considera necesară pe parcursul urmăririi penale. În cazul *Calogero Diana*²⁵, reținerea corespondenței, insuficiența temeiurilor legale: lipsa reglementărilor privind interceptarea și deschiderea corespondenței precum și a duratei de monitorizare. În acest caz s-a apreciat încălcarea art.8 din Convenție.

De asemenea a lipsit temeiul legal în *Valenzuela Contreras*²⁶ (sistem de ascultare), nefiind suficiente prevederi constituționale care să permită restrângerea secretului comunicațiilor în legea spaniolă; se adaugă și decizia împotriva Spaniei în cazul *Prado Bugallo*²⁷. Existența prevederilor legale, dar neamănunțite: nedefinirea categoriilor de persoane care pot fi monitorizate, lipsa reparațiilor, sistemul de înregistrare și stocare a datelor.

În deciziile *Kruslin* și *Huvig* se precizează condițiile ce trebuie îndeplinite pentru a se evita abuzul din partea autorităților: a) definirea categoriilor susceptibile de ascultări telefonice prin ordin judecătoresc, b) tipul de infracțiune pentru care se poate emite un astfel de ordin, c) limitarea duratei ascultărilor, d) procedura întocmirii de rezumate a convorbirilor înregistrate, e) precauțiile ce trebuie luate pentru comunicarea intactă a acestora și punerea lor la dispoziția judecătorului, f) circumstanțele în care aceste înregistrări trebuie sau pot fi distruse, în special când acuzațiile au fost retrase sau inculpatul a fost achitat.

În cazul *Rotaru v. România*, din 04.05.2000, Curtea a statuat asupra existenței și folosirii datelor deținute în arhiva serviciilor secrete. Domnul Aurel Rotaru, în procedura obținerii de reparații ca victimă a regimului comunist, a susținut că autoritățile dețin date despre el obținute cu 50 de ani în urmă de serviciul de informații. Printre aceste date se aflau unele din care reieșea că domnul Rotaru a fost membru al unei organizații de extremă dreaptă. Pretențiile sale au fost respinse în plan național, autoritățile recunoscând totuși că informațiile nu erau adevărate fiind o confuzie cu o altă persoană cu același nume. Instanțele naționale i-au respins însă toate acțiunile în daune ca nefondate. Curtea de la Strasbourg, după ce a constatat că datele colectate și stocate de serviciul de informații român aduc atingere dreptului la viața privată, a analizat dacă există o bază legală temeinică. Având în vedere prevederile legale existente în momentul colectării datelor, s-a constatat că exista o reglementare dar insuficient de precisă ca să corespundă cerințelor Convenției, de garantare a protecției persoanelor afectate. Astfel, legea nu preciza ce tip de informație poate fi stocată, nu specifica ce categorii de persoane pot face subiectul unor măsuri de supraveghere și nici nu conținea prevederi exprese asupra perioadei de timp pentru păstrarea informațiilor sau în ce împrejurări acestea puteau fi distruse. Absența unei reglementări complete a determinat Curtea să constate încălcarea Convenției, fiind atins dreptul la viața privată a domnului

²⁴ *Huvig v. France*, din 24.4.1990.

²⁵ *Calogero Diana v. Italy*, din 30.7.1996.

²⁶ *Valenzuela Contreras v. Spain*, din 30.7.1998. Despre ascultarea telefonică în Spania a se vedea, printre alții, J. Lopez Barja de Quiroga, *Las escuchas telefonicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989; T. Lopez-Fragoso Alvarez, *Las intervenciones telefonicas en el proceso penal*, Madrid 1991; R. Martin Morales, *El regimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid 1995; J. Montero Aroca, *La intervencion de las comunicaciones telefonicas en el proceso penal. Un estudio jurisprudencial*, Valencia 1999; A. P. Rives Seva, *La intervencion de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, Navarra 2000; V. Moreno Catena, "Garantia de los derechos fundamentales en la investigacion penal", en la obra colectiva *Jornadas sobre la justicia penal in Espana*, CGPJ, Madrid 1987, pp. 155-161; si J. Jimenez Campo, *La garantia constitucional del secreto de las comunicaciones*, "RDC", 1987, nr. 20, pp. 35-82, 58.

²⁷ *Prado Bugallo v. Spain*, din 18.2.2003.

Rotaru. În acest caz nu au mai fost necesare cercetarea justificării măsurii sau proporționalitatea acesteia.

Prin impunerea acestor condiții reglementărilor legale, a minimumului de conținut, Curtea a tratat reguli comune ce trebuie urmate de legislațiile naționale ale statelor membre, contribuind astfel la armonizarea sistemelor judiciare europene.

3.2 Restrângerea dreptului la viață privată trebuie să fie necesară într-o societate democratică. Principiul proporționalității.

Pentru ca o măsură procesuală care aduce atingere dreptului la viață privată să fie în conformitate cu prevederile Convenției, nu este suficient să aibă o bază legală, ci trebuie ca dispunerea acesteia să fie cu adevărat necesară într-o societate democratică, cu alte cuvinte să răspundă unei „nevoi sociale urgente”²⁸.

În aceste circumstanțe, atingerea de către stat a dreptului la viață privată poate fi justificată. Autoritățile judiciare trebuie să decidă, într-un anumit caz, dacă este necesară restrângerea drepturilor fundamentale în considerarea interesului legitim de a aduce pe cei vinovați de săvârșirea unei infracțiuni în fața justiției.

Nu există reguli precise de determinare a nevoii sociale urgente ce poate justifica luarea unei asemenea măsuri. Curtea a decis că acesta există în următoarele cazuri: 1) scopul măsurii să fie legitim (iar art.8 deja precizează că cercetarea unei infracțiuni este un scop legitim); 2) măsura să fie necesară, această condiție fiind îndeplinită când nu există și alte măsuri, mai puțin invazive, care să ducă la aceleași rezultate și să servească aceluiași scop. Pentru a îndeplini această cerință măsura nu trebuie să fie absolut indispensabilă, ci numai necesară și utilă scopului urmărit²⁹.

Curtea a precizat că, chiar dacă este adoptat un sistem de supraveghere, există garanții adecvate și efective împotriva abuzului. Prevederea are doar un caracter relativ: depinde – printre altele – de tipul reparației garantate de legea internă. Din acest motiv trebuie stabilit dacă procedurile de dispunere, aducere la îndeplinire și de implementare a măsurilor restrictive sunt de așa natură încât să mențină efectul de „restrângere” în limitele legale așa cum este „necesar într-o societate democratică”³⁰. Dacă în legea națională nu sunt prevăzute asemenea reparații în cazul încălcărilor drepturilor, atingerea dreptului devine ilegală și contravine art.8 din Convenție, așa cum s-a decis în cazul *Lambert v. France*³¹.

În cele din urmă măsura procesuală trebuie să respecte principiul proporționalității. Proporționalitatea este un concept abstract, despre care s-ar putea spune că este lipsit de conținut concret, care trebuie definit în contextul valorilor sociale existente. Curtea de la Strasbourg a susținut constant că principiul proporționalității este inerent în evaluarea drepturilor persoanelor și a interesului public general într-o societate³². Aceasta înseamnă că trebuie să existe un echilibru rezonabil între cele două interese contradictorii. Elementele necesare pentru aplicarea principiului proporționalității măsurilor procesuale dispuse pe parcursul urmăririi penale sunt gradul de pericol social al infracțiunii, indiciile temeinice asupra vinovăției persoanei, perspectiva ca măsura dispusă

²⁸A se vedea, de exemplu, *Silver v. United Kingdom*, din 25.3.1983; sau *Camezind v. Switzerland*, din 16.12.1997.

²⁹*Handyside v. United Kingdom*, din 7.12.1976, un caz privind limitele libertății de expresie dar judecata aplicându-se și altor drepturi fundamentale, ca și dreptului la viața privată.

³⁰*Klass and Others v. Germany*, din 6.10.1978.

³¹ În cazul *Lambert v. France*, din 24.8.1998, conversațiile domnului Lambert au fost ascultate în cadrul urmăririi penale a unui furt. Această măsură a fost în conformitate cu legea, baza legală a fost considerată ca suficientă iar scopul urmărit legitim. Dar, datorită interpretării judiciare a instanței franceze, persoanei ale cărei conversații au fost înregistrate, nu i s-a dat posibilitatea atacării măsurii, nefiind proprietarul liniei telefonice. Mai exact Curtea de Casație a confirmat decizia de respingere a apelului pe motiv că reclamantul nu avea calitatea procesuală cerută. Ca rezultat domnului Lambert i-a fost refuzată protecția națională, reținându-se încălcarea art. 8 al Convenției.

³²A se vedea Arai-Takahashi, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of ECHR*, Antwerpen-Oxford, 2002, p. 14.

să producă efect și prejudiciul cauzat individului, având în vedere efectul util al rezultatelor obținute pentru desfășurarea procesului penal.

Neclaritățile care apar la evaluarea „necesității măsurii într-o societate democratică” corespund suprapunerii dintre protecția supranațională a drepturilor omului și particularitățile sistemelor legale naționale. Eforturile Curții sunt îndreptate spre obținerea unui echilibru între suveranitatea statelor și valorile consacrate de Convenție, concretizat în doctrina marjei de apreciere lăsată statului. Curtea a statuat că autoritățile naționale dispun de o marjă de apreciere a nevoii sociale imperative, care poate sta la baza unei măsuri procesuale restrictive de drepturi³³.

În concluzie, doctrina marjei de apreciere a statului, permite autorităților naționale să dispună de o putere discreționară în stabilirea necesității și proporționalității măsurilor procesuale restrictive de drepturi. Această doctrină se fundamentează pe aceea că autoritățile naționale sunt mai în măsură să evalueze necesitatea măsurilor și să mențină un echilibru între protecția indivizilor și apărarea valorilor sociale. Statelor li s-a atribuit această marjă, de putere discreționară pentru a se conforma standardelor impuse de Convenție³⁴.

Care este însă scopul acestei marje de apreciere? O putere discreționară prea largă ar putea fi esențial contrară drepturilor fundamentale, dar a încerca să limitezi excesiv această putere ar atribui Curții supranaționale competența să decidă în fiecare caz în parte transformând-o în a patra instanță a statelor.

Următoarele cazuri sunt câteva exemple despre cum Curtea a considerat îndeplinită sau nu cerința proporționalității la dispunerea de măsuri procesuale pe parcursul urmăririi penale:

Cu privire la **percheziția domiciliară**:

1). În cazul *Niemitz v. Germany*, din 16.12.1996, Curtea a analizat un dosar penal de amenințare și insultă aduse unui judecător, în care s-a dispus măsura percheziției biroului avocatului. După emiterea mandatului de percheziție, organele de poliție au cercetat mai multe dosare găsite în biroul de avocatură. Curtea a decis neproporționalitatea măsurii, din motivul că mandatul judiciar a fost prea general nefiind limitat la anumite documente. În acest caz, pentru respectarea cerinței proporționalității, trebuia luată în considerare confidențialitatea relației client-avocat, eludarea acesteia conducând la încălcarea art.8 din Convenție.

2) În *Miailhe v. France*³⁵, în timpul cercetării penale a unui caz de evaziune fiscală și a unor încălcări ale regimului vamal, s-a dispus măsura percheziției domiciliare a domnului Miailhe, de la care s-au ridicat mai mult de 15000 de documente. Curtea a decis că măsura a avut o bază legală solidă, necesitatea acesteia a fost deplin justificată, dar ridicarea neselectivă a unui număr așa de mare de documente a fost disproporționată. Mai mult lipsa unui control prealabil suficient al documentelor ridicate a condus la încălcarea art.8 din Convenție.

3) *Z v. Finland*³⁶ a avut ca obiect cercetarea unei infracțiuni de natură sexuală și a posibilei infectări a victimei cu SIDA. Cercetarea arhivei medicale a fost legal dispusă. Pentru a evalua proporționalitatea măsurii Curtea a avut în vedere gradul de pericol social al infracțiunii, procedura ridicării documentelor și prevederile legii finlandeze ce protejează confidențialitatea victimei. S-a concluzionat că măsura nu a fost disproporționată, dar perioada limită stabilită de lege pentru a

³³ Doctrina marjei de apreciere a statului a fost menționată expres pentru prima dată în cazul *Handyside*, 7.12.1976, p. 48-49, în corelație cu noțiunea de “obscen”. Cu toate acestea a fost acceptată implicit în deciziile anterioare cum ar fi cazul *Lawless v. Ireland* din 1.7.1961.

³⁴ Așa cum a arătat Y. Arai-Takahashi, *op.cit.*, p. 3, această doctrină își are originile în decizia Consiliului de Stat Francez, ca și în doctrina administrativă a puterii discreționare dezvoltată în sistemele de drept civil.

³⁵ *Miailhe v. France*, din 25.2.93.

³⁶ *Z. v. Finland*, din 25.2.1997.

garanta confidențialitatea datelor medicale – de 10 ani – a fost considerată că încalcă art.8 din Convenție³⁷.

Cu privire la respectarea dreptului la viața privată prin păstrarea **secretului corespondenței**:

În acest context există numeroase decizii, dar toate privind corespondența celor ce execută pedeapsa închisorii nereferindu-se la învinuiri sau inculpați³⁸. Aceste decizii interesează pentru a evalua incidența principiului proporționalității, mai ales când acesta afectează relația privilegiată client-avocat³⁹. Nu vom menționa aceste cazuri pentru că sunt legate indirect de subiectul lucrării.

Cu privire la **ascultarea telefonică**

Toate deciziile asupra acestei chestiuni privesc existența unei baze legale temeinice, cum am subliniat deja în cazul *Malone v. United Kingdom*⁴⁰ precum și *Kruslin, Huvig*. Mai există și alte decizii, ca *Aman v. Switzerland*⁴¹, în care Curtea a atras atenția asupra insuficienței protecții acordate terților afectați de interceptarea conversațiilor telefonice. Dar chiar în acest ultim caz menționat, Curtea a decis în temeiul suficienței bazei legale. Din ceea ce știm, până în momentul actual, Curtea nu a statuat pe baza principiului proporționalității aplicat în cazul supravegherii electronice a telecomunicațiilor.

Concluzii

Pentru țările membre ale Consiliului Europei, jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului are un rol esențial în definirea și protecția drepturilor fundamentale dar constituie și un element de integrare al Uniunii Europene. Nu este o simplă declarație a drepturilor omului : Convenția constituie un instrument efectiv de control a respectării acestor drepturi. Datorită hotărârilor Curții⁴² au avut loc multe reforme în codurile de procedură penală ale statelor europene, crescând numărul garanțiilor procesuale acordate indivizilor de către state. În general reglementările de procedură penală au devenit mai transparente iar nivelul protecției drepturilor individuale a crescut substanțial.

Cu toate aceste contribuții semnificative aduse de jurisprudența Curții, se evidențiază faptul că în domeniul măsurilor procesuale dispuse pe parcursul urmăririi penale și a dreptului la viața

³⁷ Această decizie include opinia separată a judecătorului Mayer care afirmă că “without prejudice to what might be acceptable with regard to other information in criminal case files, I consider that medical data in such files must remain confidential indefinitely. The interest in ensuring that court proceedings are public is not sufficient to justify disclosure of confidential data, even after many years have elapsed”.

³⁸ A se vedea *Golder v. United Kingdom*, din 21.2.1975; *Silver v. United Kingdom*, 25.3.1983; *Boyle and Rice v. United Kingdom*, 27.4.1988; *Schonenberger and Durmaz v. Switzerland*, 20.6.1988; *McCallum v. United Kingdom*, din 30.8.1990; *Campbell v. United Kingdom*, din 25.3.1992; *Messina v. Italy*, din 26.2.1993 și 24.10.2002; *Calogero Diana v. Italy*, din 15.11.1996; *Di Giovine v. Italy*, din 26.7.2001; *Puzinas v. Lithuania*, din 14.3.2002; *A.B. v. Netherlands*, din 29.4.2002.

³⁹ A se vedea, de exemplu, *S. v. Switzerland*, din 21.11.1991.

⁴⁰ *Malone v. United Kingdom*, din 2.8.1984.

⁴¹ *Amann v. Switzerland*, din 16.2.2000. În acest caz, un om de afaceri, rezident în Elveția a primit un apel telefonic de la o femeie ce suna din fosta ambasadă rusă. Apelul a fost interceptat de biroul procurorului federal care i-a deschis un dosar penal din care reieșea că are relații cu partidul comunist, cerând Serviciului de Informații să întreprindă o investigație cu privire la acesta. Curtea a reținut că a fost încălcat art. 8 din Convenție, pentru că legea internă privind ascultarea telefonică nu conținea prevederi exprese și detaliate care să îndeplinească cerințele de accesibilitate și anticipare a consecințelor, precum și pentru că reclamantul nu a beneficiat de posibilitatea contestării legalității și oportunității măsurii.

⁴² A se vedea U. Sieber, “Auf dem Weg zu einem europaischen Strafrecht. Einfuhrung zum Corpus Iuris.” în *Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europaishen Union*, (ed. Delmas-Marty), Koln 1998, p. 26.

privată suntem încă foarte departe de atingerea unui standard comun pentru limitele acestor măsuri, proporționalitatea necesitând o definiție clară. Curtea s-a axat exclusiv pe cerința legalității neglijând aspectul conținutului și limitelor dreptului la viața privată. Nu există linii directoare speciale pentru găsirea unui echilibru între interesul public care stă la baza urmării penale și protecția dreptului la viața privată, cel puțin până acum⁴³. Acest domeniu ar putea constitui cea mai sensibilă politică a Curții nu numai din cauza lipsei universalității standardelor acceptate pentru aprecierea necesității restrângerii drepturilor omului, în special a dreptului la viața privată, ci și pentru a nu-și încălca prea mult activitatea decizională⁴⁴. În final, viața privată are o multitudine de înțelesuri și dimensiuni, incluzând nu numai activitățile de protecție a libertății personale ci și protecția datelor⁴⁵.

Chestiuni cum ar fi definirea infracțiunilor grave care justifică dispunerea de măsuri procesuale, pe parcursul urmării penale, care să restricționeze dreptul la viața privată, nu își găsesc un răspuns clar și uniform acceptat. Pe de altă parte, aspectele ce privesc minimul de indicii temeinice pentru care se poate dispune ascultarea telefonică, pot fi lămurite numai pe baza legislației interne⁴⁶.

Rezolvarea acestor chestiuni aparține puterii discreționare a statului, în baza marjei de apreciere a acestuia și numai în cazuri rare Curtea dă îndrumări de interpretare a principiului proporționalității la măsurile procesuale dispuse. Astfel statele au o libertate considerabilă în interpretarea proporționalității acestor măsuri ce restricționează drepturile fundamentale. În concluzie nu există linii directoare comune impuse statelor în limitarea intruziunii statului în viața noastră privată. Este mai facil să ceri condiția de proporționalitate și în același timp să dai posibilitatea fiecărui stat să definească proporționalitatea.

Dreptul la viața privată nu este un drept absolut iar restricționările care îi pot fi aduse au ca temei interesul public, siguranța statului, componentă a domeniului rezervat statului din punct de vedere al dreptului internațional public, precum și funcția de prevenire a infracțiunilor a dreptului penal. Astfel, chiar drepturi fundamentale ale omului pot face, în mod excepțional, obiectul unor asemenea limitări. Conținutul dreptului la viața privată devine astfel variabil, putând fi extins sau restricționat. În cazul conflictului dintre interesul public și acest drept al individului este foarte dificilă echilibrarea acestora, restricționarea fiind impusă de importanța nevoii de securitate socială, pe care se fundamentează interesul public, defavoarea protecției vieții private a indivizilor. De aceea, în spațiul european, este necesară o dezbatere publică asupra conținutului drepturilor fundamentale ale omului.

În concluzie, după ce se evaluează în mod concret cele două concepte și se compară cele două interese aflate în conflict, este necesară exprimarea unei opțiuni asupra tipului de societate căruia individul vrea să-i aparțină⁴⁷: o societate în care dreptul la viața privată este intangibil cu riscurile inerente asupra securității sau contrariul.

⁴³Pentru critica acestei politici a Curții a se vedea de Hert și S. Gutwirth, *op. cit.*, pp. 86-87.

⁴⁴ După cum a afirmat F. Verbruggen, *op. cit.*, p. 125, Curtea de la Stasbourg nu este o Curte Constituțională, și "giving the national lawmakers of different states some leeway in ascertaining the necessity of intrusive measures is sound court policy".

⁴⁵ J. K. Sobel, K. J. Petoulakis, D. M. Dixon-Thayer, "The evolution of data protection as a privacy concern, and the contract law dynamics underlying it", în *Securing Privacy in the Internet Age*, Stanford, Ca, 2008, p. 55.

⁴⁶ A se vedea, de asemenea H. H. Kufne, "Grundrechtsschutz in einem grenzenlosen europäischen Strafrecht", en la obra colectiva *Europaichen Grundrechtsschutz*, *op. cit.* pp. 61 și 65.

⁴⁷A. Ashworth, p. 43; W. Diffie și S. Landau, *Privacy on the line. The politics of Wiretapping and Encryption*, *op. cit.*, pp. 170-171.

INDIRECT INFLUENCE OF COMMUNITY LAW OVER NATIONAL CRIMINAL LAW

Mirela GORUNESCU*

Abstract

The problem of influence of Community law over national criminal law is difficult to be solved even now, because criminal law is very closely related to state sovereignty. However, at European level it is a series of unifying trends in the field of criminal law. This includes: the Corpus Juris Project to develop a number of guiding principles on the protection through criminal law of financial interests of EU, within the European judiciary space; the project of founding a European Prosecutor, which would have extended jurisdiction over the entire European judicial area; at the doctrinaire level the project called "The Criminal Code of the European Union" result of encoding the provisions relevant for the Community criminal law and published likewise. Romanian criminal law could not remain outside these trends and this paper reveal some internal acts that reflect the trends observed at European level. Some of this acts have a direct influence, and some of them an indirect influence. An example is represented by art. 302² of the Romanian Penal Code, which, in the basic variant, besides any operations regarding the import of wastes and residue of any kind or other dangerous goods for public health and environment, incriminates the placing or transit operations on the country without observing the laws. In this text, the phrase "without observing the laws" must be reported to both national regulations and international legal instruments.

Keywords: *community law, criminal national law, Corpus Juris, European judiciary space*

1. Criminal Law at Community Level

The Romanian doctrine stated that criminal matters may not be subject to legislative unification at European level¹, the criminal law is considered an expression of national sovereignty of each Member State, attribute that does not disappear by joining this organization². Member States do not abdicate their sovereignty as regards the criminalization and punishment of acts dangerous to the legal order, criminal law and criminal process remaining in the national jurisdiction.

However, reality has shown the need for further approximation of national provisions in the Member States to face effectively the threat represented by the phenomenon of crime at the European and worldwide level³.

In this way, from a stage characterized by strict intergovernmental cooperation in this area led to the promotion of ideas, very bold, as is the creation of an "European criminal judicial area"⁴, of judicial cooperation in criminal cases, generated by the need to compensate with police measures freedom of movement for those who engage in criminal behavior.

* Associate professor, Ph.D., Police Academy „Alexandru Ioan Cuza” Bucharest (e-mail: mire_gor@yahoo.com).

¹ G. Antoniu, Criminal Activity Regulation of the European Union (I), Journal of Law no. 1/2007, p.9

² G. Antoniu, Legislation and Criminal law, Journal of Law no. 2/2000, p.9

³ Walter Perron, Perspectives of Harmonization of Criminal Law and Criminal Procedure in the European Union, in Erling Johannes Husabe, Ansjorn Strandbakken, Harmonization of Criminal Law in Europe, Intersentia, 2005, p. 5.

⁴ Anne Weyembergh, General introduction, to Summer School "The EU area of Criminal Justice", The Institute for European Studies (Université libre de Bruxelles - ULB) and the European Criminal Law Academic Network (ECLAN), 30 June-6 July 2008, p. 3.

By the Maastricht Treaty was created cooperation in justice and home affairs (JHA), which was Pillar III of EU and which aimed the facilitation of dialogue, mutual assistance and cooperation between police, customs and justice in the Member States.

The relevant provisions are found in Title VI of the Maastricht Treaty. Article K1 provided that, in order to achieve the objectives of the Union, in particular the free movement of persons, and without prejudice to the powers of the European Community, Member States consider the following areas as matters of common interest: (1) asylum policy; (2) rules on crossing the external borders of the Member States by persons and exercising control over the crossings; (3) immigration policy and policy towards third country nationals: (a) conditions of entry and movement by the nationals of the third countries on the territory of Member States; (b) residence conditions of the nationals of third countries on the territory of Member States, including family reunion and access to employment; (c) the fight against illegal immigration, residence and employment of third country nationals in Member States; (4) combating drugs; (5) fight against the international dimensions of fraud; (6) judicial cooperation in civil matters; (7) judicial cooperation in criminal matters; (8) customs cooperation; (9) police cooperation in preventing and combating terrorism, unlawful drug trafficking and other serious forms of international crime, including if necessary, certain aspects of customs cooperation, in connection with the organization of a Union-wide system for exchanging information within the European Police Office (Europol).

In this way, was acquired a centralized activity in the field of justice and home affairs, particularly in the field of police and judicial cooperation and some Community institutions are involved in this field (European Parliament, Commission and even the European Court of Justice).

However, a series of intergovernmental issues were maintained: the principle of unanimity (Art. K4 subparagraph 3); ineffective involvement of some Community institutions (the main being given to the JHA Council, with limited involvement of Parliament and a near absence Court of Justice); inefficient legal instruments used by Pillar III (conventions, joint actions and common positions).

The Treaty of Amsterdam has strengthened cooperation in justice and home affairs⁵, four major changes being made in this area: the identification of objectives clearly outlined; the division of Pillar III Maastricht in two parts, a new Pillar III being created; further centralization of JHA cooperation by integrating the Schengen aquis in Community law; the promotion of flexibility and closer cooperation. Regarding the objectives, it is noticed the formulating of a high impact general objective – to achieve a common area of freedom, security and justice (Articles 2 and 29 of the Treaty).

It is actually the moment when the police and judicial cooperation in criminal matters cease to cover only counterbalance of the border control elimination. The Treaty of Amsterdam divided Pillar III into two parts, creating a new Pillar III, a reviewed one called "Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters (PJCC)". Conclusively, asylum policy, provisions regarding the crossing of external borders, immigration policy and policy towards third country's nationals, inclusive the legal cooperation on civil and criminal issues - have been assigned to Community Pillar, specifically in the chapter newly introduced in the EC Treaty [concerning visas, asylum, immigration and other policies on the free movement of persons]. The remaining areas of Pillar III were contained in the new, smaller, chapter "Provisions on police and judicial cooperation in criminal matters", Chapter VI of the EU Treaty, Articles 29 - 42, which are - in a totally surprising way - under the jurisdiction of the European Court of Justice.

⁵ Viorel Marcu, Nicoleta Diaconu, Nicolae Purdă, Cătălina Draghici, *Fundamental Legal Instruments of the European Union*, Publishing House Lumina Lex, București, 2003, p. 288.

In compensation, some Community elements were introduced in Pillar III: The Commission has broader initiative rights, although not exclusively; the European Parliament is consulted (except in relation to common positions); the possibility to take by qualified majority measures to implement the decisions; to the Court of Justice were recognized some skills in JHA; article 42 TEU (egg. K9) maintained the "bridge"⁶ that allows the transfer of powers from Pillar III to Pillar I.

The Treaty of Nice (entered into force in 2003) has revised some provisions on closer cooperation on justice and home affairs. For example, it has defined the minimum number of Member States, it has abolished the right of veto to any member. At the same time, it was adopted the Charter of Fundamental Rights of the European Union⁷. The Treaty of Nice provided expressly the possibility of cooperation in the field of justice, "to enable the Union to develop more quickly in an area of freedom, security and justice" (art. 40 TEU)⁸ and included EUROJUST in Treaty on European Union (article 31 - provides, among others: "The Council encourages cooperation through EUROJUST ...)

The Treaty of Lisbon, as the newest project registered at Community level, and the Treaty establishing a Constitution for Europe, as well, establishes the waiving of an EU based on three pillars. All fields belonging to JHA will be centralized in Title V, entitled "Area of freedom, security and justice" of the Treaty on the functioning of the European Union (TEU), in art. 64 to 89, divided into five chapters. The consequences that could be determined by the adoption of the Lisbon Treaty in this form, aim, firstly, to eliminate conflicts between the three pillars of the Community concerning the adoption of legal instruments⁹. At the same time, it will be operated a **communitarization** in the field of police and judicial cooperation in criminal matters which generates some very important changes: the introduction in this area of the codecision procedure and extending the powers of the European Parliament; possibility to use first Pillar's legal instruments, more efficient than current tools used by Pillar III (directives and regulations); extending the powers of the Court of Justice, and the incidence community principles (supremacy of Ec law) and waiving the rule of reciprocity.

Through all these elements the Lisbon Treaty aimed at correcting four weaknesses in the institutional field reported today in current Pillar III: complexity (through the abolition of the three pillars structure); low effectiveness of decision making (by introduction the majority voting instead of unanimous); reduced effectiveness of the legal instruments in criminal matters (by creating the possibility to use regulations, directives and full jurisdiction of the Court of Justice); legitimacy deficit (using the co-decision procedure, extending the jurisdiction of the Court of Justice and increasing the role of national parliaments)¹⁰.

2. Unifying Trends in the Field of Criminal Law

On this background of deepening and increasing complexity at Community level determined a spectacular evolution of the relationship between Community Law and Criminal Law. From the initial stage of purely intergovernmental cooperation between Member States,

⁶ Jean-Marc Favret, *Droit et pratique de l'Union européenne*, 4^e édition, Gualimo editeur, Paris, 2003, p. 265

⁷ *European Policies, Justice and Home Affairs*, European Institute of Romania, Master Super Offset Print, Bucharest, 2005, p. 2.

⁸ Robert Badinter, *Vers une justice européenne*, <http://www.aidh.org/Europe>

⁹ Anne Weyembergh, *General introduction, to Summer School "The EU area of Criminal Justice"*, The Institute for European Studies (Université libre de Bruxelles - ULB) and the European Criminal Law Academic Network (ECLAN), 30 June-6 July 2008, p. 3

¹⁰ Étienne de Poncins, *Le Traité de Lisbonne en 27 clés*, Editions Lignes de repères, Paris 2008, p. 239.

stages have gone increasingly bold: harmonization of laws (derived from the need to harmonize stems from the contribution to establish common criteria relating to public order encourage the creation of a spirit of mutual confidence favorable to the area of freedom, security and justice¹¹ and is an effective instrument to combat the obstacle of double incrimination met often in the field of cooperation in its traditional dimensions¹², assimilation of some social values (eg in the protection of the euro against counterfeiting).

The latest trend is to unify the criminal law of the EU member states which is indicated to represent also the most advanced method of the European penal integration, even if a perfect unification on an European level, which would not assume just strictly identical rules (normative unification) but also an unified control (jurisdictional unification), is considered to be an utopia. Concrete ways in which unification can be achieved are: spontaneous unification (in case of convergence) and hybridization (in case of divergence)¹³.

Such unification trends are noted also in the following cases: the Corpus Juris Project (between 1995 and 1996) to develop a number of guiding principles on the protection through criminal law of financial interests of EU, within the European judiciary space¹⁴, without elaborating a model penal code or a Code of Criminal Procedure ; the project of founding a *European Prosecutor*, which would have extended jurisdiction over the entire European judicial area¹⁵; at the doctrinaire level the project called "The Criminal Code of the European Union"¹⁶ result of encoding the provisions relevant for the c Community criminal law and published likewise.

But the most interesting and bold unifying trends in the field of criminal law occurs in the recent jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities, which makes its presence felt increasingly often¹⁷. Although, initially, the competence of the Court was limited in the field of the Pillar III, the situation evolves in the direction of expanding and broadening of this competence¹⁸.

A further evidence in this regard is preliminary procedure of emergency, introduced on 1st March 2008, *concerning the area of freedom, security and justice* which deals with the space of freedom, security and justice, covered by Title VI of the European Union Treaty (police and judicial assistance in criminal matters), and Title IV of the third part of the EC Treaty (visa, asylum, immigration and other policies related to the free movement of persons, especially judicial cooperation in civil matters).

¹¹ Anne Weyembergh, L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen & révélateur de ses tensions, , Collection Études européennes, Bruxelles, 2004.

¹² C. Ambroise-Castérot, La coopération entre les juridictions pénales, *Perspectives Internationales et Européennes*, Perspectives, mis en ligne le 15 mars 2006, URL: <http://revel.unice.fr>.

¹³ Mireille Delmas-Marty, L'intégration pénale européenne, www.er.uqam.ca.

¹⁴ M. Delmas-Marty și J.A.E. Vervaele, Implementarea Corpus Juris în statele membre, 2000 Intersentia, Antwerp – Groningen – Oxford, <http://www.intersentia.be>

¹⁵ This idea is repeated on several occasions, including the Treaty establishing a Constitution for Europe, and the Lisbon Treaty. The latter includes in the future Treaty on the Functioning of the European Union an art. 69E, to combat crimes against the financial interests of the Union, acting through regulations (laws in Europe Treaty establishing a Constitution for Europe) by a special legislative procedure may establish a European Prosecutor, starting from EUROJUST. This decision must be unanimously approved by Parliament.

¹⁶ Henri Labayle, Anne Weyembergh, Serge de Biolley, Maitena Poelemans, Code of Criminal Law of the European Union, Bruylant, Bruxelles, 2005.

¹⁷ Veronique Beaugrand, The European Court of Justice: An Increasing Role within The Third Pillar, Summer Course on European Criminal Justice, ERA, Trier, 2007.

¹⁸ Noëlle Lenoir, La Cour de Justice et la naissance du Droit penal europeen", LES ECHOS, 26 Septembre 2005.

An extraordinary impact in matters of criminal law was made by the Decision CJCE no. 176/03 13th September 2005 pronounced in the action for annulment of the Framework-Decision 2003/80/JAI on the protection of the environment¹⁹.

In this case the European Commission requested the Court of Justice of the European Communities to cancel the indicated legal instrument which provided the obligation of the Member States to incriminate and punish acts directed against the environment, acts that were described in the decision. The reason for the request for cancellation was the legal basis used to adopt the framework-decision, namely the Treaty establishing the European Union, Title VI (Police and Judicial Co-operation in Criminal Matters). In the Commission's view, the adoption of the rules of criminal law from de Framework-Decision should not be made under the provisions of the third pillar (Title VI TUE) but under the first pillar²⁰, namely article 175 from the Treaty establishing the European Union which contained the adoption of measures to protect the environment in the EU.

The Court decided to annul the framework decision because the legal basis has been established with the violation of article 47 from the Treaty establishing the European Union²¹, in Title VI from TEU instead of article 175 from the Treaty establishing the European Union.

The argumentation of the Court is very interesting, which decided that although in principle, neither the Criminal Law nor the criminal procedures is in the field of competence of the Community, this doesn't prevent the Community legislature, - when applying some effective punishments that are also proportionate and dissuasive represents an important measure to combat serious deeds against the environment- to adopt measures in the field of criminal law, considering them necessary for the effective application of the Community rules established in the field of the environmental protection.

This decision stated that, specifically, the Court adapted criminal law, transferring criminal liability for facts of environment from Pillar III into Pillar I²².

The Decision of the European Court of Justice has been endorsed by the European Commission²³ and now the directive on the protection of the criminal environment is already enforced (Directive 2008/99/EC of the European Parliament and Council from 19th November 2008 regarding environmental protection through criminal law)²⁴. The main objectives of the Directive are: the setting up of a harmonized catalogue of all the crimes which all Member States enforce penal punishments to.

Another decision concerning the conflict between pillars is the CJCE Decision in the cause C 440/2005 pronounced on the cancellation of the Framework-Decision no. 2005/667/JAI (the application of the punishments in the cases of pollution provoked by ships).

Considering that neither in this case adopting the framework decision had an adequate legal basis, the commission brought an action to show that the purpose and the content of the framework-decision matches the competence of the European community provided by the EC

¹⁹ JOCE nr. L 29 din 5 martie 2003, p.55.

²⁰ Environmental protection policy is a community policy, in the exclusive competence of the Community's institutions.

²¹ Art.47 establishes the primacy of Community law (Treaty establishing the European Communities) in relation to Title VI (police and judicial cooperation in criminal matters) of the Treaty establishing the European Union

²² Veronique Beaugrand, The European Court of Justice: An Increasing Role within The Third Pillar, Summer Course on European Criminal Justice, ERA, Trier, 2007.

²³ See in this regard the Commission Communication to the European Parliament and Council on the implications of the Decision of Court of Justice of the European Communities from 13 September 2005 (Case C-176/03 Commission v Council), COM (2005) 583, Brussels, 23 November 2005.

²⁴ JOCE nr. L 328 from 6 Decembre 2008, p.55.

Treaty in the common policy in transport area. Therefore, the attack could have been adopted under the EC Treaty.

The Court of Justice admitted that the transport policy is one of the main elements of the Community and the Community legislature may adopt, under the powers conferred by the EC Treaty, measures to improve the safety of shipping. Because the purpose and its content, the framework-decision is to improve the main maritime safety and environmental protection. Provisions obliging Member States to apply criminal sanctions for certain behaviors could have been validly adopted under the EC Treaty. On this terms, the Court states again that although the criminal legislation and criminal procedure law are not included in the community's competence, is no less true that, when the application of some effective criminal sanctions, proportionate and dissuasive sanctions by the competent national authorities represents an indispensable action for combating serious damages to the environment, the community legislator may require the Member States to introduce such penalties to ensure full effectiveness of the rules established on environmental protection.

As for the type and level of the penal sanctions to be applied, the Court decided that it does not fall within the scope of the Community competence²⁵. Also, noting that the framework-decision is affecting the competence conferred to the Committee by the EC Treaty and it doesn't respect either the EU Treaty which provides that this power is a priority, the Court annulled the framework-decision entirely, as a result of its indivisible character²⁶.

It is also accepted at a doctrinaire level that the national penal law is influenced by the community instruments in two ways²⁷.

Firstly, it indicates a **negative effect** which relates to the prohibition of breaking the freedoms recognized at a community level: (free movement of persons, products, services and capital) through the breaking of customs rights and quantitative restrictions upon entry or exit on the market, and any other measures with the same effect (art 3, 28, 29 CE). This negative integration has been consolidated through the jurisprudential development relating to the direct effect of the community law.

It has also been noticed a negative effect in the case when a stipulation of national penal law is considered incompatible with the community law. The national stipulation is *neutralized*²⁸. An internal provision may be incompatible with the community law, firstly when it forbids a permissive conduct in accordance to the community law or even encouraged by this.

For example, the national law considers punishable the act of an importer who markets food products from another member state, without authorization. Such incrimination will violate the provisions of art. 28 EC which guarantee free movement of goods and prohibit "the quantitative restrictions on imports or any other measures with similar effect." In accordance with the community jurisprudence, all national measures liable to hinder directly or indirectly, now or in the future, intercommunity trade are considered equivalent to those that impose quantitative restrictions. Other points which may encounter incompatibilities between national law and community law on the subjective aspect of crimes, but also the proportionality of punishments.

The positive effect of the community law upon the criminal law is related to the approximation of legislations and implementation of policies and common actions, such as, for

²⁵ <http://curia.europa.eu>

²⁶ Following the cancellation of the framework decision has been made a proposal for a directive by the European Parliament and Council amending Directive 2005/35/EC on ship-source pollution and introduction of penalties for infringements COM (2008) 134 final - 2008/0055 (COD) (2009 / C 77/17) which received the approval of the Economic and Social Committee. The opinion is published in the Official Journal of 31.03.2009.

²⁷ Jean Pradel, Geert Corstens, Gert Vermeulen, Droit pénal européen, 7^{ème} Edition, Dalloz, Paris, 2009, p. 677.

²⁸ M. Delmas Marty, Union Europeen et droit penal, Cah.de droit europeen, 1997, p. 607-653.

example, in the agricultural policy and in the fishing domain. The positive effect is developed by the measures taken in the field of penal law by the Member States in the implementation of the obligations deriving from community law.

The positive effect differentiates from the negative one because is not looking to avert an impediment for accomplishing the community law or the forbidding the income of some kind of new impediment, but about taking some active measures to achieve this right.

In order to be materialized, the positive effect uses three methods²⁹: the national method (an infringement of the community primary law is punished as a primary violation of national provision)³⁰; the mixed method (through the imposition of the Member States of the obligation to incriminate certain behaviors that violate the community law)³¹; the Community method (penalties are established and imposed by community bodies).

3. The influence of Community Law over Romanian Criminal Law

Those who had proceeded had the role to illustrate the actual realities existing in the field of affirmation and acceptance of a European penal law. Although it looks like past kneading for the Romanian penal law, this will confront with these ones from in position as a national law of a Member State of European Union, as like Romania is in 2007.

In this way, although we have shown that Romanian doctrine rejects such a possibility, influencing Romanian criminal law by the community law is already a reality.

The influence is express, due to the fact that some new normative acts have been created or some existing regulations have been modified in order to transpose the Community provisions into the National Law. The lawmaker's interventions are often accompanied by explicit indication of the legal instrument which caused those activities.

In our opinion, one of the laws which clearly reveal the influence of Community Law over national criminal law is the Romania's Government Emergency Ordinance no. 121 of 28 December 2006 concerning drug precursors³². This, as provided in its final dispositions, ensures the implementation into the National Law of the European Parliament's and Council's Regulation 273/2004 of 11 February 2004 on drug precursors³³, the Council's Regulation 111/2005³⁴ of 22 December 2004 on the supervision of trade in drug precursors between the Community and third countries, and of the Committee's Regulation 1.277/2005 of 27 July 2005 on the application of Regulation 273/2004³⁵. G.E.O. no. 121/2006, art. 22 stated: "(1) Placing on the market, import, export, production, manufacture, offer, supply, sale, transport, delivery of any item, sending, placing on the market, buying, purchase, synthesis, extraction, experimentation, intermediate activities, as defined in art. 2 letter e) of Regulation 111/2005, purchase or possession of the

²⁹ Jean Pradel, Geert Corstens, Gert Vermeulen, *op. cit.*, p. 630.

³⁰ Regarding the primary Community Law, as a form of direct integration, the infringement of a provision within it may be sanctioned. The derivative right can be applied implicitly (the infringement of its provision being investigated as violation of common law - eg. community fraud is pursued as a forgery) or explicitly (the national provision states the fact that the breach of the disposals to whom the community legal instrument makes explicit references represents an offense and is punished)

³¹ Ex. art. 27 of the Statute of the Court of Justice provides the fact that each member state should look crimes of violation the oath committed by a witness or expert as a correspondent offense committed before the national courts.

³² Published in the Romania's Official Monitor, Part 1, no. 1093 of 28 December 2006 modified by Law no. 187 of 13 June 2007

³³ Published in the Official Journal of the European Union no. L47 of 18 February 2004.

³⁴ Published in the Official Journal of the European Union no. L22 of 26 January 2005.

³⁵ Published in the Official Journal of the European Union no.202 of 3 August 2005.

subdivided substances, equipment or materials, illegal, represents an offence and it shall be punished with imprisonment from 1 year to 5 years.”

Moreover, paragraph 2 of the same article stated: "It is also a crime the marketing of the subdivided substances to the economic operators either unauthorized or unregistered individuals for activity involving such substances, according to art. 6-8 of Regulation 111/2005, and is punishable by the imprisonment laid down in paragraph. (1).”

As noted, the chosen technique was to create incomplete incrimination rules, for whose completion there were made express references to the components found outside the normative act (external) and even outside the Romanian Law System. Following the amendment made by the Law no. 187/2007³⁶, the express reference is not given any more, being only a shape adjustment of the article, because under article 1 paragraph 4 of G.E.O. no. 121/2006, terms and expressions used in its contents, have the meanings from the Community acts which they implement. In this way, as long as the expression "intermediate activities" has been maintained to indicate some normative modalities of the material component of the crime from article 22 paragraph 1 of O.U.G. no. 121/2006, its meaning is still indicated in art. 2 letter e) of Regulation no. 111/2005³⁷.

The amendments have not been made in order to change the mechanism of some terms definition but to dissemble the extremely close relation between national legislation and community acts which transpose. It is a novelty for our criminal law to use references to elements that complement are found in Community documents, but is very possible the technique to be used in other similar cases.

This is just an example on the express positive effect of the Community Law on Romanian Criminal Law.

Some similar influences to do so have already occurred indirectly and without amendments of the National Criminal Law.

Exemplified by art. 302 of the Romanian Penal Code, which incriminates the act of „Violation of the disposals concerning import or export”. Under this title the text states the unauthorized making of any acts or facts which, according to the laws, are considered import, export or transit operations. However, actually, the constituent elements of this crime will not be set by internal regulations, but by the legal instruments issued by EU institutions. We affirm this taking into consideration the adoption of the G.D. no. 1900/2006 for the repeal of the normative acts of foreign trades³⁸, which has expressly brought in force the national regulations from the same field³⁹. Furthermore, under art. 108 of the Romanian Constitution, article 69 of the Europe

³⁶ In the current formulation, art. 22 paragraph (1) provides: "Placing on the market of subdivided substances, import, export and intermediate activities involving it and possession of those substances without the authorization mentioned in art. 5 paragraph (1), and without the registration mentioned in art. 7 paragraph (1) and (4), represent crimes and are punishable by imprisonment from 1 to 5 years. Art 22, paragraph (3) - the correspondent of art. 2 from the published form, states "It also represents a crime the marketing of subdivided substances made by economic operators, unauthorized persons under art. 5 paragraph (1) or unregistered under art. 7 paragraph (1) and (4) to work with such substances and is punishable by imprisonment laid down in paragraph (1)”

³⁷ Art. 2 letter (e) of Regulation No. 111/2005 provides that "intermediary activities" means any activity regarding the organization of acquisition and sale or delivery of the subdivided substances, carried by an individual or legal person who pursues obtaining an agreement between two parties or acting on behalf of at least one of these parts without taking possession of these substances or taking over the execution of the transaction; this definition also includes any activity carried out by an individual or legal person established in the Community, involving the purchase and sale or supply of the subdivided substances without entering in the customs territory of the Community.

³⁸ Published in the Romanian Official Monitor, no. 1053 of 29 December 2006.

³⁹ The repealed laws are: a) Government Decision no. 764/1991 on certain measures regarding the abundance of the import and export licenses system (Of. M. No 232 of 19 November 1991); b) Government Decision no. 228/1992 on the protection of national producers and market against unfair competition resulting from the importation of

Agreement that establishes an association between Romania, on one hand, and the European Communities and their member states, on the other hand, signed in Brussels on 1 February 1993 and art. 2 of Law no. 157/2005⁴⁰, Community instruments will be applied in the foreign trade field.

Another example is represented by art. 302² of the Penal Code, which, in the basic variant, besides any operations regarding the import of wastes and residue of any kind or other dangerous goods for public health and environment, incriminates the placing or transit operations on the country without observing the laws. However, in this text, the phrase "without observing the laws" must be reported to both national regulations and international legal instruments. This is due to the fact that, in the respective field, activates, on one hand, the G.E.O. no. 78/2000 on the waste system⁴¹, the G.E.O. no. 16/2001 on the management of recycled industrial waste⁴², and the G.E.O. no. 195/2005 on environmental protection⁴³ and, on the other hand, G.D. no. 788/2007 laying down measures for the implementation of European Parliament and Council (EC) Regulation no. 1.013/2006 on the waste transfer⁴⁴. There is such a mixed system in the wastes field, which is set by the mentioned national regulations, but also by the designated regulation⁴⁵ and by the Basel Convention⁴⁶. In this way, without having the incrimination rule from art 302² of the Romanian Criminal Code expressly amended and regarding especially on the requirement "without respecting the laws", the constituent elements of the defined offense were characterized indirectly in different ways, even by reference to elements of the Community law. Once again, this represents a situation which the Romanian Criminal Law will probably be facing with, especially, regarding Community Pillar I and, notably, the area of *common policies*, for whose achievement the national jurisdictions have been transferred to the community⁴⁷, without neglecting, however, those regarding the coordination (on which the transfer has not been applied). The explanation comes from Decision of the Court of Justice of the European Communities af. C 176/03 13 September 2005 which specifies the fact that the provisions of the Criminal Law required for

products originated at a dumped or subsidized price and also against exports at prices below those prevailing in the intern market (Of. M. no 133 of 17 June 1992); c) Government Decision no. 1.526/2003 on the general export and import system (Of. M. No 937 of 24 December 2003); d) Government Decision no. 1.527/2003 on rules and procedures in terms of export and import licenses (Of. M. no 936 of 24 December 2003).

⁴⁰ To ratify the Treaty between the Kingdom of Belgium, Czech Republic, the Kingdom of Denmark, Germany, the Republic of Estonia, Hellenic Republic, the Kingdom of Spain, French Republic, Ireland, the Italian Republic, the Republic of Cyprus, Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, Grand Duchy of Luxembourg, the Republic of Hungary, Republic of Malta, the Kingdom of the Netherlands, Austria, Poland, the Portuguese Republic, the Republic of Slovenia, Slovak Republic, Finland, Sweden, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (European Union Member States) the Republic of Bulgaria and Romania on the adhesion of Bulgaria and Romania to the European Union, signed by Romania in Luxembourg on 25 April 2005 (Of.M. no 465 of 1 June 2005).

⁴¹ Published in the Romanian Official Monitor no.283 of 22 June 2000 modified the latest by Law no. 27/2007

⁴² Republished in the Romania's Official Monitor no. 104 of 7 February 2002 modified the latest by Law no. 27/2007

⁴³ Published in Of. M. no. 1196/2005, adjusted in Of. M. no. 88/2006 and approved with amendments by Law no. 265/2006, published in Of M. no. 586/2006. In art. 98, para. (3) point 3 defines as crime: discharge of sewage and waste from ships or floating platforms directly into the natural waters or intentional provocation of pollution by discharges or by immersion of substances or hazardous wastes into the natural waters, directly or from ships or floating platforms.

⁴⁴ Published in Of. M. no. 522 of 2 August 2007.

⁴⁵ Regulation was published in the Official Journal of the E.U. no. L 190 of 12 July 2006.

⁴⁶ Under art 1 para. (2) of G.D. no. 788/2007, the Regulation is supplemented by provisions of the Basel Convention on the control of hazardous wastes transboundary and their disposal, made on 20-22 March 1989, to which Romania acceded by Law no. 6 / 1991 (M.Of. No 18 of 26 January 1991), with the subsequent adjustments (the Basel Convention), and those of the amendments to the Basel Convention, accepted by Romania by Law no. 265/2002 (Of. M no 352 of 27 May 2002).

⁴⁷ N. Diaconu, European Union's Law, Lumina Lex Publishing House, București, 2008, p. 302.

actual implementation of the Community legislation registers into the Communities' competence sphere, on the basis of the Treaty establishing the European Communities.

Under these circumstances, the bond between Community law and national criminal law is highlighted and looked as an area full of uncertainties and inconsistencies, within which balance between values is sought. These values sometimes represent antagonistic poles: integration and maintenance of the prerogatives assigned to sovereignty, denial of the precise competences and tolerance of the indirect ones; rejection of legal instruments with direct applicability, but accepting the competence of judicial European authorities. However, Romania's integration into European structure creates the premises of an increasingly obvious influence over National Criminal law by using the Community legal instruments.

Within this context, there will be adopted the draft Law regarding Romania's formulation of a declaration under article 35 paragraph 2 of the Treaty on European Union⁴⁸, whereby our country recognizes the jurisdiction of the Court of Justice of the European Communities and offers the possibility of addressing preliminary questions about the acts referred in article 35, paragraph 1 of the EU Treaty.

Conclusions

We find that criminal law is now becoming an area with increasingly more elements of Community law, new principles being created just to support the idea of building a European judicial area, such as - "the principle of European territoriality ". The Romanian criminal law is not an exception to this reality, and my study has provided some examples that support our claim, proving even the existence of indirect influences of the Community legal instruments that complement the material element of the offenses covered in the Romanian legislation.

⁴⁸ Source <http://www.just.ro/>. Regarding this legislative proposal, on 25 May 2009, the President of Romania signed the decree concerning the enacting of his submission by the Parliament of Romania (www.presidency.ro)

INFLUENȚA INDIRECTĂ A DREPTULUI COMUNITAR ASUPRA DREPTULUI PENAL NAȚIONAL

Mirela GORUNESCU*

Abstract

Problema influenței instrumentelor juridice comunitare asupra dreptului penal național este una dificil de rezolvat chiar și în prezent, deoarece dreptul penal este foarte strâns legat de suveranitatea statului. Totuși, la nivel european se constată o serie întreagă de tendințe de unificare chiar și în domeniul dreptului penal. Dreptul penal român nu putea să rămână în afara acestor tendințe, iar lucrarea de față indică unele acte normative interne ce reflectă tendințele constatate și la nivel european.

Cuvinte cheie: drept comunitar, drept penal național, Corpus Juris, spațiul judiciar European

1. Dreptul penal la nivel comunitar

În doctrina românească se arată că, principial, materia penală nu poate face obiectul unificării legislative la nivel european¹, legea penală fiind considerată o expresie a suveranității naționale a fiecăruia dintre statele membre², atribut care nu dispare prin aderarea la această organizație. Statele membre ale Uniunii nu abdică de la suveranitatea lor în ceea ce privește incriminarea și sancționarea faptelor periculoase pentru ordinea juridică, legislația penală și procesul penal rămânând în competența națională.

Cu toate acestea, realitatea a evidențiat necesitatea unei apropieri continue a dispozițiilor naționale a statelor membre pentru a se putea face față în mod eficient pericolului pe care îl reprezintă fenomenul criminalității la nivel european și mondial³. În acest fel, de la o etapă caracterizată de cooperare interguvernamentală strictă, în acest domeniu s-a ajuns la promovarea unor idei foarte îndrăznețe, cum este cea de creare a unei „arii judiciare penale europene” în domeniul cooperării judiciare penale⁴, generată din nevoia de a compensa cu măsuri polițienești libertatea de circulație a celor care se implică în comportamente infracționale.

Prin Tratatul de la Maastricht a fost creată, cooperarea în domeniul justiției și afacerilor interne (JAI) care constituia Pilonul III al construcției comunitare și care viza favorizarea dialogului, ajutorul reciproc, și colaborarea serviciilor de poliție, vamă și justiție din statele membre. Dispozițiile relevante se regăsesc în Titlul al VI-lea din Tratatul de la Maastricht. Articolul K1 din acesta prevedea că în scopul realizării obiectivelor Uniunii, în special a liberei circulații a persoanelor, și fără a aduce atingere competențelor Comunității Europene, statele membre consideră domeniile următoare ca fiind probleme de interes comun: 1) politica de azil; 2) regulile privind trecerea frontierelor externe ale statelor membre de către persoane și exercitarea controlului asupra acestei treceri; 3) politica de imigrare și politica față de resortisanții țărilor terțe: cu următoarele aspecte - a) condițiile de intrare și de circulație ale resortisanților din țările terțe pe

* Conf.univ.dr., Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza” București (e-mail: mire_gor@yahoo.com).

¹ G. Antoniu, Activitatea normativă penală a Uniunii Europene (I), Revista de Drept penal, nr. 1/2007, p. 9.

² G. Antoniu, Legislația comunitară și legea penală, Revista de Drept penal nr. 2/2000, p. 9.

³ Walter Perron, Perspectives of Harmonisation of Criminal Law and Criminal Procedure in the European Union, in Erling Johannes Husabe, Ansjorn Strandbakken, Harmonization of Criminal Law in Europe, Intersentia, 2005, p. 5.

⁴ Anne Weyembergh, General introduction, to Summer School "The EU area of Criminal Justice", The Institute for European Studies (Université libre de Bruxelles - ULB) and the European Criminal Law Academic Network (ECLAN), 30 June-6 July 2008, p. 3.

teritoriul statelor membre; b) condițiile de ședere ale resortisanților țărilor terțe pe teritoriul statelor membre, inclusiv reîntregirea familiei și accesul pe piața forței de muncă; c) lupta împotriva imigrației, șederii și muncii ilegale a resortisanților țărilor terțe pe teritoriul statelor membre; 4) lupta împotriva toxicomaniei; 5) lupta împotriva fraudei de dimensiuni internaționale; 6) cooperarea judiciară în domeniul civil; 7) cooperarea judiciară în domeniul penal; 8) cooperarea vamală; 9) cooperarea polițienească în vederea prevenirii și a luptei împotriva terorismului, traficului ilegal de droguri și a altor forme grave de criminalitate internațională, inclusiv, dacă este necesar, anumite aspecte ale cooperării vamale, în legătură cu organizarea la scara Uniunii a unui sistem de schimburi de informații în cadrul unui Birou European de Poliție (EUROPOL).

În acest fel, s-a produs o centralizare a activității în domeniul justiției și afacerilor interne, în special, în domeniul cooperării polițienești și judiciare. Excepție fac, totuși, cooperarea în domeniul Schengen care continuă să se desfășoare în paralel cu pilonul comunitar și unele aspecte ale vizelor pe termen scurt, care au fost comunitarizate. Au fost introduse unele elemente de comunitarizare și în materia justiției și afacerilor interne: unele instituții comunitare sunt implicate și în domeniul comunitar (Parlamentul European, Comisia și chiar Curtea Europeană de Justiție). Prin art. K9 s-a creat o pasarelă tehnică prin care unele aspecte din domeniul JAI puteau fi comunitarizate, dar nu în domeniul dreptului penal.

Cu toate acestea, au fost menținute o serie de aspecte de tip interguvernamental: principiul unanimității (art. K4 paragraf 3); implicarea ineficientă a unor instituții comunitare (rolul principal revenindu-i Consiliului JAI, cu o implicare limitată a Parlamentului și o cvasi absență a Curții de Justiție); ineficiența instrumentelor juridice utilizate de Pilonul III (convențiile, acțiunile comune și pozițiile comune).

Tratatul de la Amsterdam a întărit cooperarea în domeniul justiției și afacerilor interne⁵, fiind realizate patru schimbări majore în cadrul acestui domeniu: identificarea unor obiective mai clar conturate; divizarea Pilonului III Maastricht în două părți, fiind creat un nou Pilon III; centralizarea mai accentuată a cooperării în domeniul JAI prin integrarea Aquisului Schengen în dreptul comunitar; promovarea flexibilității și cooperării mai apropiate.

În ceea ce privește obiectivele, se remarcă formularea unui obiectiv general de mare impact – acela de a realiza o *arie comună de libertate, securitate și justiție* (art. 2 și 29 al Tratatului). Este de fapt momentul în care cooperarea polițienească și judiciară în materie penală încetează să mai vizeze doar contrabalansarea renunțării la controlul la frontiere. Tratatul de la Amsterdam a realizat o divizare a Pilonului III în două părți, creând un nou Pilon III, într-o formă revizuită, denumit: „Cooperarea polițienească și cooperarea judiciară în materie penală”. În concret, politica azilului, prevederile privind trecerea peste granițele exterioare, politica imigrației și politica față de cetățenii statelor din lumea a treia, precum și cooperarea juridică pe probleme de drept civil și penal – au fost trecute în dreptul comunitar, mai precis în cadrul capitolului nou introdus în Tratatul CE, Capitolul IV [Vize, azil, imigrație și alte politici privind libera circulație a persoanelor], care cuprinde Articolele 61 - 69.

Restul domeniilor din Pilonul III au fost cuprinse în noul Capitol mai restrâns „Dispoziții privind cooperarea polițienească și juridică pe probleme penale”, Capitolul VI din Tratatul UE, Articolele 29 - 42, acestea fiind – în mod cu totul surprinzător – trecute, cel puțin parțial, în jurisdicția Curții Europene de Justiție.

În contrapondere, unele elemente de inspirație comunitară au fost introduse în Pilonul III: Comisia dispune de drepturi de inițiativă mai largi, chiar dacă nu în mod exclusiv; Parlamentul European este consultat (mai puțin în legătură cu pozițiile comune); posibilitatea de a lua cu

⁵ Viorel Marcu, Nicoleta Diaconu, Nicolae Purdă, Cătălina Drăghici, *Instrumentele juridice fundamentale ale Uniunii Europene*, Editura Lumina Lex, București, 2003, p. 288.

majoritate calificată măsuri de punere în aplicare a deciziilor; Curții de Justiție i s-au recunoscut unele competențe în domeniul JAI; Articolul 42 TUE (ex. K9) a menținut „pasarella”⁶ care permite transferul de competențe din Pilonul III spre noul titlu IV din tratatul CE.

Tratatul de la Nisa (intrat în vigoare în anul 2003) a revizuit unele prevederi referitoare la cooperarea mai strânsă în domeniul justiției și afacerilor interne. Spre exemplu a definit numărul minim de state membre care participă, a abolit dreptul de veto a oricărui membru. Tot atunci a fost adoptată Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene⁷. Tratatul de la Nisa a prevăzut în mod expres și posibilitatea cooperării în domeniul justiției, „pentru a permite Uniunii de a se dezvolta mult mai repede, într-o zonă de libertate, securitate și justiție” (art. 40 TUE)⁸ și a inclus EUROJUST în Tratatul Uniunii Europene (art. 31 - prevede, printre altele, în noua sa versiune: „Consiliul încurajează cooperarea prin intermediul EUROJUST...)

Tratatul de la Lisabona, ca cel mai nou proiect înregistrat la nivel comunitar, ca și Tratatul instituind o Constituție pentru Europa, consacră renunțarea la construcția comunitară bazată pe cei trei piloni. Toate domeniile ce aparțin JAI urmează să fie centralizate în Titlul V, denumit „Spațiul de libertate, securitate și justiție” din Tratatul asupra funcționării Uniunii Europene (TEU), în art. 64 la 89, divizate în cinci capitole. Consecințele care ar putea fi atrase de adoptarea Tratatului Lisabona în această formă vizează, în primul rând, eliminarea conflictelor dintre pilonii comunitari în ceea ce privește adoptarea unor instrumente juridice⁹. În același timp, se va produce o „comunitarizare” a domeniului cooperării polițienești și judiciare în materie penală, care atrage unele schimbări foarte importante: introducerea în acest domeniu a procedurii de codecizie și extinderea competențelor Parlamentului European; utilizarea unor instrumente juridice de tip comunitar mult mai eficiente decât actualele instrumente utilizate de Pilonul III (directivele și regulamentele); extinderea competențelor de control ale Curții de Justiție, dar și a incidenței principiilor comunitare (principiul primordialității dreptului comunitar) și renunțarea la regula reciprocității.

Prin toate aceste elemente, Tratatul de la Lisabona vizează corectarea a patru puncte slabe din punct de vedere instituțional semnalate în prezent în ceea ce privește actualul Pilon III: complexitatea (prin abolirea construcției comunitare fundamentată pe trei piloni); eficiența scăzută a procesului decizional (prin introducerea votului majoritar în locul celui unanim); eficiența redusă a instrumentelor juridice din domeniul penal (prin crearea posibilității de a fi utilizate regulamentele, directivele și competența deplină a Curții de Justiție); deficitul de legitimitate (prin utilizarea procedurii de codecizie, extinderea jurisdicției Curții de Justiție și creșterea rolului parlamentelor naționale)¹⁰.

2. Tendințe de unificare la în domeniul dreptului penal

Pe acest fond de adâncire și complexitate sporită la nivel comunitar, problema relației dreptului comunitar cu dreptul penal a evoluat spectaculos, în timp. De la stadiul inițial de cooperare strict interguvernamentală între statele membre s-au parcurs stadii din ce în ce mai îndrăznețe: armonizarea legislațiilor (**necesitatea** armonizării derivă din contribuția la stabilirea

⁶ Jean-Marc Favret, *Droit et pratique de l'Union européenne*, 4^e édition, Gualimo editeur, Paris, 2003, p. 265 și urm.

⁷ *Politici Europene, Justiție și afaceri interne*, Institutul European din România, Master Print Super Offset, București, 2005, p. 2.

⁸ Robert Badinter, *Vers une justice européenne*, <http://www.aidh.org/Europe>.

⁹ Anne Weyembergh, *General introduction*, to Summer School "The EU area of Criminal Justice", The Institute for European Studies (Université libre de Bruxelles - ULB) and the European Criminal Law Academic Network (ECLAN), 30 June-6 July 2008, p. 3.

¹⁰ Étienne de Poncins, *Le Traité de Lisbonne en 27 clés*, Editions Lignes de repères, Paris 2008, p. 239.

criteriilor comune referitoare la ordinea publică, încurajează crearea unui spirit de încredere reciprocă favorabil pentru spațiul de libertate, securitate și justiție¹¹ și este un instrument eficace de combatere a obstacolului dublei incriminări întâlnit adesea în domeniul cooperării în dimensiunile sale tradiționale¹²), asimilarea unor valori sociale (ex. în domeniul protecției monedei euro împotriva falsificării).

Cea mai recentă tendință este cea de unificare a legislațiilor penale în cadrul Uniunii care este indicată a reprezenta și cea mai avansată metodă de integrare penală europeană, chiar dacă o unificare perfectă la scară europeană, care ar presupune nu doar reguli strict identice (unificare normativă) ci și un control unificat (unificare jurisdicțională) este considerată a reprezenta o utopie. Modalitățile concrete prin care se poate realiza unificarea sunt: unificarea spontană (în caz de convergență) și hibridarea (în caz de divergență)¹³.

Astfel de tendințe de unificare sunt remarcate și în următoarele cazuri: derularea Proiectului Corpus Juris (în perioada 1995 – 1996) cu scopul de a se elabora un număr de principii directe privind protecția prin intermediul dreptului penal a intereselor financiare ale Uniunii Europene, în cadrul spațiului judiciar european¹⁴, fără a se dori elaborarea unui model de cod penal sau a unui cod de procedură penală; proiectul de înființare a unui **parchet european**, care să aibă competențe jurisdicționale extinse asupra întregului spațiu judiciar european¹⁵; la nivel doctrinar ansamblul denumit „Codul penal al U.E.”¹⁶ rezultat din codificarea prevederilor cu relevanță pentru dreptul penal comunitar și publicat ca atare.

Dar cele mai interesante și mai curajoase tendințe de unificare în domeniul dreptului penal se manifestă în jurisprudența recentă a Curții de Justiție a Comunităților Europene, care îți face simțită prezența din ce în ce mai des¹⁷. Deși, inițial, competențele Curții au fost limitate în domeniul Pilonului III, situația evoluează în sensul extinderii și aprofundării acestora¹⁸.

O dovadă în plus în acest sens o constituie **procedura preliminară de urgență** instituită începând cu 1 martie 2008 și care privește domeniile spațiului de libertate, securitate și justiție acoperite de titlul VI din Tratatul privind Uniunea Europeană (cooperarea polițienească și judiciară în materie penală), precum și de titlul IV al celei de a treia părți din Tratatul CE (vizele, azilul, imigrarea și alte politici legate de libera circulație a persoanelor, în special cooperarea judiciară în materie civilă).

11 Anne Weiyembergh, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen & révélateur de ses tensions*, Collection Études européennes, Bruxelles, 2004.

12 C. Ambroise-Castérot, *La coopération entre les juridictions pénales, Perspectives Internationales et Européennes*, Perspectives, mis en ligne le 15 mars 2006, URL: <http://revel.unice.fr>.

13 M. Delmas-Marty - *L'intégration pénale européenne*, www.er.uqam.ca.

14 M. Delmas-Marty și J.A.E. Vervaele, *Implementarea Corpus Juris în statele membre*, 2000 Intersentia, Antwerp – Groningen – Oxford, <http://www.intersentia.be>

15 Aceași idee este reiterată în mai multe ocazii, fiind preluată și în Tratatul instituind o Constituție pentru Europa, dar și de Tratatul Lisabona. Acest din urmă instrument juridic include în viitorul Tratat privind funcționarea Uniunii Europene un art. 69E, în conformitate cu care, pentru combaterea infracțiunilor care aduc atingere intereselor financiare ale Uniunii, Consiliul, hotărând prin regulamente (legi europene în Tratatul instituind o Constituție pentru Europa) în conformitate cu o procedură legislativă specială, poate institui un Parchet European, pornind de la EUROJUST. Hotărârea trebuie luată în unanimitate, după aprobarea Parlamentului European.

16 Henri Labayle, Anne Weyembergh, Serge de Biolley și Maitena Poelemans, *Code de droit pénal de l'Union Européenne*, Editions Bruylant, Bruxelles, 2005.

17 Veronique Beaugrand, *The European Court of Justice: An Increasing Role within The Third Pillar*, Summer Course on European Criminal Justice, ERA, Trier, 2007.

18 Noëlle Lenoir, *La Cour de Justice et la naissance du Droit penal europeen*, LES ECHOS, 26 Septembre 2005.

Un impact deosebit în materia dreptului penal l-a produs Decizia CJCE din C 176/03 13 septembrie 2005 pronunțată în acțiunea în anularea Deciziei-cadru 2003/80/JAI privind protecția penală a mediului¹⁹.

În cauza respectivă Comisia Europeană a adresat Curții de Justiție a Comunităților Europene cererea de a anula instrumentul juridic indicat, care prevedea obligația Statelor membre de a incrimina și pedepsi faptele îndreptate împotriva mediului înconjurător descrise în decizie. Motivul acestei cereri de anulare l-a constituit baza legală care a servit la adoptarea respectivei decizii cadru, anume Tratatul de constituire a Uniunii Europene (TUE), Titlul VI (cooperarea judiciară și polițienească în materie penală). În opinia Comisiei, adoptarea dispozițiilor de drept penal din decizia-cadru nu trebuia făcută în baza dispozițiilor celui de-al treilea pilon (Titlul VI TUE), ci în baza prevederilor primului pilon²⁰, respectiv art.175 din Tratatul de constituire a Comunităților Europene (TCE), care prevede adoptarea de măsuri la nivel comunitar pentru protejarea mediului înconjurător.

Curtea a decis anularea deciziei pentru că baza legală a fost stabilită cu încălcarea art.47 din Tratatul de constituire a Uniunii Europene²¹ în mod greșit în Titlul VI din TUE, în loc de art.175 TCE.

Interesantă este și argumentația Curții, care a stabilit că deși, în principiu, nici dreptul penal nici dreptul procesual penal nu se află în sfera de competență a Comunităților, aceasta nu împiedică legislativul comunitar, atunci când aplicarea unor sancțiuni efective, proporționale și descurajante constituie o măsură esențială pentru combaterea unor fapte grave îndreptate împotriva mediului înconjurător, să adopte măsuri în domeniul dreptului penal, considerându-le necesare pentru aplicarea efectivă a regulilor comunitare stabilite în domeniul protecției mediului înconjurător.

Prin această decizie, s-a afirmat că, în concret, Curtea a „comunitarizat” legea penală, transferând răspunderea penală pentru fapte de mediu din Pilonul III în Pilonul I²².

Decizia Curții de Justiție Europene a fost însoțită de Comisia Europeană²³, iar în prezent **directiva** privind protecția penală a mediului este deja adoptată (Directiva 2008/99/EC a Parlamentului European și a Consiliului din 19 noiembrie 2008 privind protejarea mediului prin legea penală)²⁴. Obiectivele principale ale directivei sunt: stabilirea unui catalog armonizat al infracțiunilor cărora li se aplică sancțiuni penale de către toate statele membre.

O altă decizie care interesează problema conflictului dintre piloni este Decizia CJCE în cauza C 440/05 pronunțată în cu privire la acțiunea în anularea Deciziei-cadru 2005/667/JAI (aplicarea de sancțiuni în cazurile de poluare provocată de nave).

Considerând că nici în acest caz adoptarea deciziei-cadru nu a avut un temei juridic adecvat, Comisia a introdus o acțiune în care arăta că scopul și conținutul deciziei-cadru se încadrează în sfera competențelor Comunității Europene prevăzute de Tratatul CE în cadrul

¹⁹ JOCE nr. L 29 din 5 martie 2003, p. 55.

²⁰ Protecția mediului înconjurător constituie o politică comunitară, fiind de competența exclusivă a instituțiilor comunitare.

²¹ Art.47 stabilește primordialitatea legislației comunitare (Tratatul de constituire a Comunităților Europene) în relația cu Titlul VI (cooperarea judiciară și polițienească în materie penală) din Tratatul de constituire a Uniunii Europene.

²² Veronique Beaugrand, *The European Court of Justice: An Increasing Role within The Third Pillar*, Summer Course on European Criminal Justice, ERA, Trier, 2007

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

²⁴ Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. 328 din 6 decembrie 2008.

politicii comune în domeniul transporturilor. Prin urmare, actul atacat ar fi putut fi adoptat în temeiul Tratatului CE.

Curtea de Justiție a admis că politica în domeniul transporturilor se numără printre elementele de bază ale Comunității și că legiuitorul comunitar poate adopta, în cadrul competențelor pe care i le conferă Tratatul CE, măsuri ce vizează îmbunătățirea siguranței transporturilor maritime. Atât datorită finalității cât și conținutului său, decizia-cadru are ca scop principal ameliorarea siguranței maritime și protecția mediului. Prevederile sale care obligă statele membre să sancționeze penal anumite comportamente ar fi putut fi în mod valabil adoptate în temeiul Tratatului CE. În aceste condiții, Curtea constată din nou, că deși în principiu legislația penală, precum și normele ce reglementează procedura penală, nu se încadrează în sfera competenței comunitare, nu este mai puțin adevărat că, atunci când aplicarea unor sancțiuni penale eficiente, proporționale și descurajante de către autoritățile naționale competente reprezintă o măsură indispensabilă pentru combaterea daunelor grave provocate mediului, legiuitorul comunitar poate impune statelor membre obligația de a institui astfel de sancțiuni pentru a asigura deplina eficiență a normelor pe care le stabilește în domeniul protecției mediului.

În ceea ce privește stabilirea tipului și a nivelului sancțiunilor penale ce trebuie aplicate, Curtea a stabilit că nu se încadrează în sfera competenței Comunității²⁵. De asemenea, constatând că decizia-cadru împieteză asupra competenței conferite Comunității de către Tratatul CE și că nu respectă nici Tratatul UE care prevede că această competență este prioritară, Curtea a anulat decizia-cadru în întregime, ca urmare a caracterului indivizibil al acesteia²⁶.

Și la nivel doctrinar se acceptă că influențarea dreptului penal național de către instrumentele juridice comunitare se manifestă în două modalități²⁷.

În primul rând, se indică un *efect negativ*, care se raportează la interzicerea încălcării libertăților libere recunoscute la nivel comunitar: (libera circulație a persoanelor, a produselor, serviciilor și a capitalurilor), prin intermediul interzicerii drepturilor vamale și a restricțiilor cantitative la intrarea și la ieșirea de pe piață, ca și a oricăror altor măsuri cu efect echivalent (art. 3, 28 și 29 CE). Această integrare negativă a fost consolidată prin intermediul dezvoltărilor jurisprudențiale cu privire la efectul direct al dreptului comunitar.

Se vorbește despre un efect negativ în cazul în care o prevedere din dreptul penal național este considerată incompatibilă cu dreptul comunitar. Prevederea națională este „neutralizată”²⁸. O prevedere internă poate fi incompatibilă cu dreptul comunitar, în primul rând atunci când interzice un comportament permis în conformitate cu dreptul comunitar sau chiar încurajat de acesta.

Spre exemplu, dreptul național consideră sancționabilă fapta importatorului care introduce pe piață produse alimentare provenind dintr-un alt stat membru, fără autorizație. O astfel de incriminare va încălca prevederile art. 28 CE care garantează libera circulație a mărfurilor și interzice „restricțiile cantitative la import sau orice alte măsuri cu efect asemănător”. În conformitate cu jurisprudența comunitară, toate măsurile naționale susceptibile de a împiedica direct sau indirect, în prezent sau în viitor, comerțul intracomunitar sunt considerate ca fiind echivalente cu cele care impun restricții cantitative. Alte puncte în care se pot întâlni incompatibilități între norma națională și dreptul comunitar privesc latura subiectivă a unor infracțiuni, dar și proporționalitatea pedepselor.

²⁵ <http://curia.europa.eu>

²⁶ Ca urmare a anulării deciziei-cadru, a fost formulată o propunere de directivă a Parlamentului European și a Consiliului de modificare a Directivei 2005/35/CE privind poluarea cauzată de nave și introducerea unor sancțiuni în caz de încălcare *COM(2008) 134 final – 2008/0055 (COD)* (2009/C 77/17) care a primit avizul Comitetului Economic și Social European, acest aviz fiind publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene din 31.03.2009.

²⁷ Jean Pradel, Geert Corstens, Gert Vermeulen, *Droit pénal européen*, 7^{ème} Edition, Dalloz, Paris, 2009, p. 677

²⁸ M. Delmas Marty, *Union Européenne et droit penal*, Cah.de droit européen, 1997, p. 607-653.

Efectul pozitiv al dreptului comunitar asupra dreptului penal este legat de apropierea legislațiilor și de punerea în aplicare a politicilor sau acțiunilor comune, cum ar fi, spre exemplu, în cadrul politicii agricole și din domeniul pescuitului. Efectul pozitiv se manifestă sub forma măsurilor luate în domeniul dreptului penal de către statele membre în executarea obligațiilor derivând din dreptul comunitar.

Efectul pozitiv se diferențiază de cel negativ prin aceea că nu privește înlăturarea unui impediment pentru realizarea dreptului comunitar sau despre interzicerea introducerii unui nou astfel de impediment, ci despre luarea unor măsuri active pentru realizarea acestui drept

Efectul pozitiv are la dispoziție trei metode pentru concretizare²⁹: metoda națională (o încălcare a dreptului comunitar primar este sancționată ca încălcare a unei prevederi naționale)³⁰; metoda mixtă (prin impunerea statelor membre a obligației de a incrimina anumite comportamente prin care se încalcă prevederile dreptului comunitar)³¹; metoda comunitară (sancțiunile sunt stabilite și impuse de organisme comunitare).

3. Influența dreptului comunitar asupra dreptului penal român

Cele ce au precedat au avut rolul de a ilustra realitățile existente în prezent în domeniul afirmării și acceptării unui „drept penal european.” Deși par frământări îndepărtate pentru dreptul penal român, acesta se va confrunta și el cu acestea din postura de drept național al unui stat membru al Uniunii Europene, așa cum este România din 2007.

În acest fel, deși am arătat că doctrina românească respinge o astfel de posibilitate, influențarea dreptului penal românesc de către dreptul comunitar este deja o realitate.

Influența este una expresă, prin aceea că au fost create unele acte normative noi care să transpună prevederile comunitare în dreptul intern, sau au fost doar modificate unele dintre reglementările existente, în același scop. Intervențiile legiuitorului sunt însoțite cel mai adesea de indicarea expresă a instrumentului juridic ce a ocazionat respectivele activități.

În opinia noastră, unul dintre actele normative interne care trădează cel mai clar influențele dreptului comunitar asupra dreptului penal național este Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 121 din 28 decembrie 2006, privind regimul juridic al precursorilor de droguri³². Aceasta, așa cum se prevede în dispozițiile sale finale, asigură aplicarea în dreptul intern a Regulamentului 273/2004 al Parlamentului European și al Consiliului din 11 februarie 2004 privind precursorii de droguri³³, a Regulamentului 111/2005³⁴ al Consiliului din 22 decembrie 2004 privind supravegherea comerțului cu precursori de droguri între Comunitate și statele terțe, și a Regulamentului 1.277/2005 al Comisiei din 27 iulie 2005 privind aplicarea Regulamentului 273/2004³⁵. În forma de la publicare a O.U.G. nr. 121/2006, art. 22 avea următoarea formulare: „(1) Punerea pe piață, importul, exportul, producerea, fabricarea, oferirea, furnizarea, vânzarea, transportul, livrarea cu

²⁹ Jean Pradel, Geert Corstens, Gert Vermeulen, *op. cit.*, p. 630.

³⁰ În ceea ce privește dreptul comunitar primar, se poate proceda la sancționarea unei încălcări a unei prevederi din cadrul acestuia, ca formă de integrare directă. Dreptul derivat poate fi aplicat tacit (urmărirea încălcării unei prevederi din cadrul său ca un delict de drept comun – ex. fraudă comunitară este urmărită ca reprezentând o infracțiune de fals în înscrisuri) sau expres (prevederea națională precizează că încălcarea dispozițiilor instrumentului juridic comunitar la care face trimitere expresă constituie infracțiune și se pedepsește)

³¹ Ex. art. 27 din Statutul Curții de Justiție prevede că fiecare stat membru trebuie să privească faptele de încălcare a jurământului de către martor sau expert ca pe un delict corespondent comis în fața instanțelor naționale.

³² Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 1093 din 28 decembrie 2006. În forma modificată prin Legea nr. 187 din 13 iunie 2007.

³³ Publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L47 din 18 februarie 2004.

³⁴ publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L22 din 26 ianuarie 2005

³⁵ publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. 202 din 3 august 2005

orice titlu, trimiterea, plasarea pe piață, procurarea, cumpărarea, sinteza, extracția, experimentarea, activitățile intermediare, astfel cum sunt acestea definite în art. 2 lit. e) din **Regulamentul 111/2005**, cumpărarea sau deținerea de substanțe clasificate, echipamente ori materiale, fără drept, constituie infracțiune și se pedepesc cu închisoare de la 1 an la 5 ani.

De asemenea, alineatul 2 al aceluiași articol prevedea: „Constituie infracțiune și comercializarea de substanțe clasificate către operatori economici ori persoane fizice neautorizate sau neînregistrate, în conformitate cu art. 6-8 din **Regulamentul 111/2005**, pentru activitatea cu astfel de substanțe și se sancționează cu pedeapsa prevăzută la alin. (1)”.

După cum se observă, tehnica aleasă a fost aceea de a crea norme de incriminare incomplete, iar pentru complinirea lor se făcea trimitere expresă la componente regăsite în afara actului normativ (externă) și chiar în afara sistemului de drept românesc. În urma modificării operate prin Legea nr. 187/2007³⁶, trimiterea expresă nu se mai regăsește, dar este doar o modificare a formei articolului, deoarece în temeiul art. 1 alin. 4 din O.U.G. nr. 121/2006, termenii și expresiile utilizate în cadrul său au înțelesurile din actele comunitare pe care le transpune. În acest fel, atâta vreme cât exprimarea „activitățile intermediare” a fost menținută pentru a indica unele dintre modalitățile normative ale elementului material al infracțiunii din art. 22 alin. 1 din O.U.G. nr. 121/2006, aceasta are tot înțelesul indicat în art. 2 lit. e) din Regulamentul nr. 111/2005³⁷.

Modificările au fost operate nu pentru a schimba mecanismul de definire a unor termeni, ci pentru a disimula legătura extrem de strânsă dintre reglementarea internă și actele comunitare pe care le transpune. Este o noutate pentru legislația noastră penală apelarea la trimiteri exprese la elemente de complinire care se regăsesc în documente comunitare, dar este foarte posibil ca tehnica să mai fie utilizată și în alte cazuri asemănătoare.

Acesta este doar un exemplu referitor la efectul pozitiv expres al dreptului comunitar asupra dreptului penal românesc.

Unele influențe în același sens s-au produs deja și în mod indirect, fără ca norma internă de drept penal să fie modificată.

Exemplificăm prin referire art. 302 din Codul penal al României care incriminează fapta de „Nerespectare a dispozițiilor privind operații de import sau export”. Textul fixează sub această denumire efectuarea fără autorizație a oricăror acte sau fapte care, potrivit dispozițiilor legale, sunt considerate operațiuni de import, export sau tranzit. În mod concret, însă, elementele constitutive ale acestei infracțiuni nu vor mai fi stabilite de reglementări interne, ci de instrumente juridice emise de instituțiile Uniunii Europene. Afirmăm aceasta în condițiile în care a fost adoptată H.G. nr. 1900/2006 pentru abrogarea unor acte normative din domeniul comerțului exterior³⁸ care a scos

³⁶ În formularea actuală, art. 22 alin. (1) prevede: „Punerea pe piață a substanțelor clasificate, importul, exportul și activitățile intermediare acestora, precum și deținerea de substanțe clasificate fără autorizația prevăzută la art. 5 alin. (1), respectiv fără înregistrarea prevăzută la art. 7 alin. (1) și (4), constituie infracțiune și se pedepesc cu închisoare de la 1 la 5 ani. Alin. (3) al art. 22 – corespondentul alin. 2 din forma de la publicare, prevede „Constituie infracțiune și comercializarea de substanțe clasificate către operatori economici ori persoane fizice neautorizate potrivit art. 5 alin. (1) sau, după caz, neînregistrate potrivit art. 7 alin. (1) și (4) pentru activitatea cu astfel de substanțe și se sancționează cu pedeapsa prevăzută la alin. (1)”.

³⁷ Art. 2 lit. (e) din Regulamentul nr. 111/2005 prevede că „activități intermediare” reprezintă orice activitate de organizare a achiziției și a vânzării sau a furnizării substanțelor clasificate, exercitată de o persoană fizică sau juridică ce urmărește să obțină un acord între două părți sau care acționează în numele a cel puțin uneia dintre aceste părți fără să intre în posesia acestor substanțe sau să preia controlul executării tranzacției respective; această definiție include, de asemenea, orice activitate exercitată de o persoană fizică sau juridică stabilită în Comunitate, care implică achiziția și vânzarea sau furnizarea substanțelor clasificate fără ca acestea să intre pe teritoriul vamal al Comunității.

³⁸ Publicată în M.Of. nr. 1.053 din 29 decembrie 2006.

din vigoare în mod expres reglementările interne referitoare la comerțul exterior³⁹, urmând ca, în temeiul prevederilor art. 108 din Constituția României, al art. 69 din Acordul european instituind o asociere între România, pe de o parte, și Comunitățile Europene și statele membre ale acestora, pe de altă parte, semnat la Bruxelles la 1 februarie 1993 și al art. 2 din Legea nr. 157/2005⁴⁰, să se aplice instrumentele comunitare din domeniul comerțului exterior.

Un alt exemplu, are în vedere art. 302² din Codul penal, care, în variantă de bază, incriminează efectuarea oricăror operațiuni de import de deșeuri ori reziduuri de orice natură sau de alte mărfuri periculoase pentru sănătatea populației și pentru mediul înconjurător, precum și introducerea în orice mod sau tranzitarea acestora pe teritoriul țării, fără respectarea dispozițiilor legale. În cazul acestui text, însă, expresia „fără respectarea dispozițiilor legale” trebuie raportată deopotrivă la reglementările interne și la instrumentele juridice internaționale. Aceasta deoarece, în domeniul de interes activează, pe de o parte O.U.G. nr. 78/2000 privind regimul deșeurilor⁴¹ și O.U.G. nr. 16/2001 privind gestionarea deșeurilor industriale reciclabile⁴², dar și în O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului⁴³, iar pe de cealaltă parte, H.G. nr. 788/2007 privind stabilirea unor măsuri pentru aplicarea Regulamentului Parlamentului European și al Consiliului (CE) nr. 1.013/2006 privind transferul de deșeuri⁴⁴. Există astfel un regim mixt în domeniul deșeurilor, un regim care este stabilit de reglementările interne citate, dar și de regulamentul⁴⁵ indicat și de Convenția de la Basel⁴⁶. În acest fel, fără ca norma de incriminare din art. 302² Cod penal român să fi fost modificată, elementele constitutive ale infracțiunii definite, cu privire specială asupra cerinței „fără respectarea dispozițiilor legale”, au fost caracterizate indirect în mod diferit, chiar prin raportare la elemente de drept comunitar. Este din nou o situație cu care dreptul penal român probabil că se va mai confrunța, mai ales în domeniile Pilonului I comunitar și, în mod deosebit, în

³⁹ Actele normative abrogate sunt: a) Hotărârea Guvernului nr. 764/1991 privind unele măsuri în legătură cu respectarea regimului licențelor de export și import (M.Of. nr. 232 din 19 noiembrie 1991); b) Hotărârea Guvernului nr. 228/1992 privind protejarea producătorilor naționali și a pieței interne de competiția nelegală rezultată din importul unor produse la preț de dumping sau subvenționat, precum și de exportul la prețuri sub nivelul celor practicate pe piața internă (M.Of. nr. 133 din 17 iunie 1992); c) Hotărârea Guvernului nr. 1.526/2003 privind regimul general de export și de import (M.Of. nr. 937 din 24 decembrie 2003); d) Hotărârea Guvernului nr. 1.527/2003 privind regulile și procedurile în materie de licențe de export și import (M.Of. nr. 936 din 24 decembrie 2003).

⁴⁰ Pentru ratificarea Tratatului dintre Regatul Belgiei, Republica Cehă, Regatul Danemarcei, Republica Federală Germania, Republica Estonia, Republica Elenă, Regatul Spaniei, Republica Franceză, Irlanda, Republica Italiană, Republica Cipru, Republica Letonia, Republica Lituania, Marele Ducat al Luxemburgului, Republica Ungară, Republica Malta, Regatul Țărilor de Jos, Republica Austria, Republica Polonă, Republica Portugheză, Republica Slovenia, Republica Slovacă, Republica Finlanda, Regatul Suediei, Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord (state membre ale Uniunii Europene) și Republica Bulgaria și România privind aderarea Republicii Bulgaria și a României la Uniunea Europeană, semnat de România la Luxemburg la 25 aprilie 2005 (M.Of. nr. 465 din 1 iunie 2005).

⁴¹ Publicată în M.Of. nr. 283 din 22 iunie 2000 și modificată cel mai recent prin Legea nr. 27/2007.

⁴² Republicată în M.Of. nr. 104 din 7 februarie 2002 și modificată cel mai recent prin Legea nr. 27/2007.

⁴³ Publicată în M.Of. nr. 1196/2005, rectificată în M.Of. nr. 88/2006 și aprobată cu modificări prin Legea nr. 265/2006, publicată în M.Of. nr. 586/2006. În art. 98 alin. (3) pct. 3 definește ca infracțiune: descărcarea apelor uzate și a deșeurilor de pe nave sau platforme plutitoare direct în apele naturale sau provocarea, cu știință, de poluare prin evacuarea sau scufundarea în apele naturale, direct sau de pe nave ori platforme plutitoare, a unor substanțe sau deșeuri periculoase.

⁴⁴ Publicată în M.Of. nr. 522 din 2 august 2007.

⁴⁵ Regulamentul a fost publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 190 din 12 iulie 2006.

⁴⁶ În temeiul art. 1 alin. (2) din H.G. nr. 788/2007, Regulamentul se completează cu prevederile Convenției de la Basel privind controlul transportului peste frontiere al deșeurilor periculoase și al eliminării acestora, întocmită la 20-22 martie 1989, la care România a aderat prin Legea nr. 6/1991 (M.Of. nr. 18 din 26 ianuarie 1991), cu modificările ulterioare (Convenția de la Basel), și cu cele ale amendamentelor la Convenția de la Basel, acceptate de România prin Legea nr. 265/2002 (M.Of. nr. 352 din 27 mai 2002).

aria *politicilor comune* în realizarea cărora competențele naționale au fost transferate către comunitate⁴⁷, fără a le neglija, însă, pe cele de coordonare (în privința cărora acest transfer nu a fost operat). Aceasta deoarece, în temeiul Deciziei CJCE af. C 176/03 13 septembrie 2005, dispozițiile de drept penal necesare pentru implementarea efectivă a legislației comunitare intră în sfera de competență a Comunităților pe baza Tratatului de constituire a Comunităților Europene.

În aceste condiții, nu putem să nu observăm relația dintre dreptul comunitar și dreptul penal național reprezintă un domeniu plin de incertitudini și de inconsecvențe, în cadrul căruia se caută echilibru între valori ce constituie uneori poli antagonici: integrare și menținere a prerogativelor atașate suveranității; negarea competențelor explicite și tolerarea celor indirecte; respingerea instrumentelor juridice cu aplicabilitate directă, dar acceptarea competenței autorităților jurisdicționale europene. Cu toate acestea, integrarea României în structura europeană creează premisele unei influențări din ce în ce mai pregnante a dreptului penal național prin instrumentele juridice comunitare, mai ales în condițiile în care va fi adoptat proiectul de Lege privind formularea de către România a unei declarații în baza articolului 35 alin. 2 din Tratatul privind Uniunea Europeană⁴⁸ prin care țara noastră recunoaște jurisdicția Curții de Justiție a Comunităților Europene și poate adresa întrebări preliminare cu privire chiar la actele prevăzute la art. 35, alin. (1) din Tratatul UE.

Concluzii

Se poate constata că în prezent dreptul penal este un domeniu în care pătrund din ce în ce mai multe elemente de drept comunitar, fiind create chiar principii noi care să susțină ideea de construire a unui spațiu judiciar european, așa cum este „principiul teritorialității europene”. Dreptul penal român nu este o excepție de la această realitate, iar studiul de față a oferit unele exemple care susțin afirmația noastră, dovedindu-se chiar și existența unei influențe indirecte ale unor instrumente juridice comunitare care completează elementul material al infracțiunilor reglementate în legislația românească.

⁴⁷ N. Diaconu, *Dreptul Uniunii Europene*, Editura Lumina Lex, București., 2008, p. 302.

⁴⁸ Sursa <http://www.just.ro/>. Cu privire la această propunere legislativă, Președintele României a semnat la 25 mai 2009 decretul privind supunerea sa spre adoptare Parlamentului României (www.presidency.ro).

POLITICAL AND LEGAL ISSUES ON SATELLITE REMOTE SENSING

USE OF ARTIFICIAL SATELLITES IN REMOTE SENSING

Corina NEAGU *

Keywords: *remote sensing, international affairs, natural resources of a state, states' security, disarmament, states' cooperation*

1. Introduction. Remote Sensing Concept

Remote sensing is an applied science, depending on the technological development stage at a certain point in time.

The remote sensing notion comprises, in the specialized doctrine, the same fundamental, but sensibly interpreted elements, taking into account that remote sensing method involves notions of high-resolution technology.

However, all definitions have the same point of reference, *i.e.* the definition included in the UN General Assembly Resolution no. 41/65 of 3 December. Principle 1 under the Annex sets for that "Remote sensing" means the sensing of the Earth's surface from the space, by making use of the properties of electromagnetic waves emitted, reflected or diffracted by the sensed objects, for the purpose of improving natural resources management, land use and the protection of the environment."

In the Romanian doctrine, remote sensing is defined as a method used to determine the nature and condition of Earth natural resources, by observation and measurements made from space objects, or the "space activity by which information on geophysical phenomena, human activities, natural resources on the Earth surface or underground area both on the territory under States' sovereignty and in the areas not falling under their sovereignty are collected and stored.

Teledeteția (Romanian word for remote sensing) is an adaptation of "remote sensing" Anglo-Saxon expression, used ever since the sixties in order to define the technique for information acquisition, a terminology established when the first Earth observation satellites were placed into the orbit.

Today, the same concept has more literal translations, but the *teledeteție* or *teleobservare* (Romanian word for remote observation) terms are the closest to the word etymology.

The development of space technology permitted a variant of the remote sensing concept, applied, at first, to aerial photography (main sensor existing during that period) *i.e.* satellite remote sensing. Thus, from a strictly technical point of view, remote sensing means "the whole set of techniques, systems and procedures permitting the acquisition and analysis of images at the Earth surface, by means of sensors located at a very high distance". In this context, remote sensing is the science dealing with the acquisition of information, starting from multi-spectrum photographs, or from the radar, captured by remote sensors (satellites) of items located at a certain distance.

The remote sensing term indicates the acquisition of information about an object situated at a distance, with no material contact between the observed object and the observing object.

* Ph.D., Lawyer, The National Association of the Romanian Bars.

In this case, the observed object is the Earth's land surface, oceans or atmosphere, and the observing object is a sensor located in the air or in the outer space, capable to detect and store information which is to be analyzed later.

In fact, remote sensing includes any method of obtaining and recording information from a distance.

Remote sensing includes not only the processes and instruments permitting the capturing of an image of the Earth surface from a distance, but also the processing required for certain determinations.

For this point of view, remote sensing activities also include the procedures subsequent to the acquisition of information by satellite, as listed in the UN General Assembly Resolution no. 41/65/1986. It results from the provisions of the UN document that the "remote sensing" term has two limitations as regards the technical term: the purposes and objectives of a military use are limited and remote sensing from the air is excluded.

Therefore, whatever the name of this technology would be, the essence of the definitions delineating the "remote sensing" or "remote observation" terms is that of observing an item from a high distance via high-technology methods.

2. Brief History of Remote Sensing

The remote sensing field is subject to rapid transformation, through the impact caused by new platforms, sensors, space information handling and analysis methods.

The evolution of the Earth observation technology via satellites gives no accurate data on the time when such high resolution technique was applied, because the satellites that used this system were of military application.

Photographs of the Earth were initially taken from the air, *i.e.* at the end of the First World War, over one million photographs dating from that period, but the actual techniques of recognition through the remote sensing method were used during the Second World War. No important military movement could be initiated without having captured and interpreted the aerial photographs of the area. During this period there was an interest in civil use techniques for prospecting minerals and oil in the Earth's underground areas.

The origins of aerial photographs of the Earth surface are unknown. The first aerial photographs were taken in France, in 1839, and the first topographic maps were made in 1840, being provided by the manager of the Paris Observatory. In 1858, Gaspard Felix Tournachon flew above Paris in a balloon intending to draft the city map.

The forerunners of remote sensing were the military reconnaissance balloons, used during the North American civil war and the war of the Triple Alliance.

In 1906, G. Lawrence developed, in the USA, a mechanism permitting the transport of cameras by which he took aerial photographs of the damages caused by the San Francisco earthquake. The first aerial photographs were obtained by Wilbur Wright in 1909, in Italy.

We can speak about actual remote sensing, as defined today, after the launch of Sputnik Soviet satellite, when the United States of America placed in the orbit the first Earth observation satellite equipped with an optical sensor, the satellite being manufactured for military purposes.

The official beginning of remote sensing systems, open to scientific community, is year 1972, when LANDSAT 1 satellite was launched, being followed by LANDSAT 2, in 1975, and LANDSAT3, in 1978.

Also in 1978, the US launched another satellite, named SEASAT, whose lifetime in orbit is only 100 days. It seems that its scheduled and intended destruction was caused by the high amount of information it provided to various persons or institutions, which rendered any control impossible.

As regards the remote sensing activity of the former USSR, it places remote sensing satellites in orbit during the period 1980 and 1998 under the name of SPIN, but the information regarding such satellites is classified.

Western Europe launches out in the field of remote sensing satellites with SPOT 1, made in France, placed in orbit in 1986. Two years later, US manufacture Lacrosse platform, the first spy radar system, and ESA launches in 1991 ERS 1 satellite, followed by ERS 2, launched in 1994, a satellite that is operational even today.

The nineties, when the world political arena was marked by the destruction of the communist system in Eastern European countries, was a point of reference as regards the launches of satellites for remote sensing purposes also by other States in possession of space technology.

3. The Interest in Satellite Remote Sensing Study

The use of artificial satellites in remote sensing gives this technology a practical applicability that is extremely important and beneficial, consisting in meteorological and seismic forecasting, evolution of crops, fire detection in forests, information about ice sheets, detection of underground ores and biological resources.

Today, the outer space is no longer dominated by a few States. Almost 150 countries, several from the so-called "Third World" are directly or indirectly involved in space activities used for national development, remote sensing showing its usefulness for poorly developed countries, which gave the name of the "Third Big Space Race".

The specialized and universally oriented works and documents issued by worldwide organizations frequently focused on the importance and benefits of space and remote sensing activities. In order to carry out and correlate the objectives and purposes of such organizations, space activities are becoming indispensable today. We are particularly referring to satellite telecommunications and remote sensing, without which the exchange of information between intelligence organizations could not be carried out in an optimal manner.

Due to the fast scientific development, remote sensing was not regulated in detail so as to avoid disagreements within international organizations, the subject of such discussions being mainly the dissemination of the acquired information.

At the same time, the privatization and sale of space activities, including remote sensing activities, increase the role of developing States, which are "outlet markets" for information and contribute to the reduction of such activities' costs.

International society globalization, free trade among states, implementation of multinational companies on territories closed until not so long ago, under the political influence of big powers, migration of the labor force overqualified in the technological field, which entails the incidence of the application of international or national law institutions which apparently have no connection with the studied field should be taken into consideration.

From this perspective, viable rules should be adopted so as to regulate the current relations between the entities that carry out space activities. Otherwise, the resolutions adopted in the field without which are not correlated to the remote sensing evolution will continue to have no real support and applicability.

The need for regulation is also triggered by the fact that remote sensing activities did not totally remain under State surveillance. Thus, before 1984, the US assigned to NASA the launch of the first civil remote sensing satellites and in the same year it decided, after many hesitations, to privatize the remote sensing system by the "Land Remote - Sensing Commercialization Act" of 17 July, a reference date for the transfer to the private sector of the development and operation of the satellites meant for such operations.

In France, remote sensing was initially designed as a commercial activity in whose exploitation the public and the private sector were associated. In this respect, it is worth noting that the development and technical exploitation of SPOT satellite was mandated to SPOT Image, a limited company, branch of CNES. This dual system permits continuity and improvement of services, due to the sale of SPOT images. It also has to be noted that SPOT created, in the USA, a “SPOT Image Corporation” branch, based in Washington.

4. Dual nature of remote sensing notion

In the current regulation, the “remote observation” term was substituted by “remote sensing” which generally incorporates the operations of detecting certain regions of the Earth, made by a receiver located on the board of a satellite. The acquired data are stored as standardized images, before being transmitted to a station located on the earth, the ground station, which records them, in its turn, either on photographic support, on a magnetic band, or on any other support.

In this context, the interest to clarify the remote sensing definition is also required considering that remote sensing increased its scope of application in almost all the fields of the economic-social and political life, going beyond the initial framework of the notion, *i.e.* remote observation of the Earth.

From another point of view, limiting to the definition included in the UN Resolution on remote sensing, the operations of interpreting the data provided by the satellites with a role in this field would be “remote sensing activities”, because the processing method meant to provide the information to users also requires the use of other sources, *i.e.* applied scientific knowledge. This is what technicians refer to as “soil segment”.

From this standpoint, it is impossible to imagine that each user could have the capacity to process the data obtained by remote sensing, as this processing represents a real industry requiring many public or private bodies with a role in meeting the clients’ requests.

Generally, remote sensing operations are subject to a liberal regime, falling under the “open sky policy” name and consist of three phases: collection, dissemination and legal protection of remote sensing data.

Given the technological progress in the remote sensing field, the diversification of the operations and the data obtained by such procedure, the remote sensing notion, as presented in the title of the UN General Assembly Resolution, is obsolete.

In our opinion, the remote sensing notion does not only include data about the Earth land surface or underground. On the other hand, it seems to us that the definition also incorporates data acquisition and processing activities, because otherwise, the procedure would consist in a mere operation of capturing a certain image of the Earth surface, which would give no concrete result to remote sensing if the acquired information were not processed.

From this perspective, the interest in remote sensing regulation is also required because remote sensing increased its scope of application in the field of other international law branches, such as environment law, humanitarian law, and diplomatic law.

During the last decade of the 20th century, the States’ policy in the remote sensing field proved that this technological procedure also includes, on a mandatory basis, remote sensing activities. Thus, the decision to initiate the privatization of space activities in the US is made in 1994. By the Directive issued by Clinton Administration, private companies are allowed to build commercial satellite systems capable to capture high resolution images. However, the US government reserves its right of control if national security or international obligations and/or external policy could be affected.

5. Remote Sensing in International Affairs

By the development of the inter-State cooperation, the benefits of remote sensing activities are indisputable, especially in the fields of a wide social and economic interest.

The beginning period of these technologies was marked by international tensions, since the States were obviously under the influence of the two big space powers, the US and the former USSR (the political regimes being utterly different and applying irreconcilable political and economic concepts). Thus, until the United Nations adopted, under a Resolution, the principles governing remote sensing activities, the launches of satellites having this function were decided after several negotiations, which were often interrupted due to the States' contradictory positions which were to be conciliated in time.

Space technology in the remote sensing field triggered different stances from the States, in terms of information acquisition via remote sensing. The States' contradictory positions are the result of their different economic development stage which quite often was not proportional to their natural resources. A developing country, for instance, might have extremely valuable resources, which could not be exploited properly due to the lack of technology.

Another factor that generated tension within the negotiations among States until the Remote Sensing Principles were adopted was the political component. During the extremely long period until the resolution in this field was adopted, the polarization of political regimes around USA-Western Europe and former USSR – which influenced the Eastern European States – dominated the proceedings within international bodies. The interest in the benefits offered by technology, and the relaxation of the relations between the two big powers, during the last but one decade of the 20th century, resulted in compromise solutions, further to the understanding of role of satellite remote sensing technology.

At the same time, the suspicion of developing countries that had important natural resources, but no advanced technology in the field, declined due to the impossibility of the information capturing and detecting State to have access to the respective resources of the observed State.

Another aspect that contributed to the development and focalization of the consensus reached by the States with different economic systems in the remote sensing field is the marketing of remote sensing activities.

The marketing of such activities consisted both in the transfer and sale, to the interested States, of the data obtained by remote observation and in the exchange or transfer of data, under various forms, between States in possession of space technology.

In military field, remote sensing proved its value by the results obtained from the processing of the data captured on the ground. The exchange of information between the North Atlantic Treaty Member States and the data acquired by the former USSR, useful to the Warsaw Treaty Member States, has a decisive role in maintaining a military balance in the Europe. In our opinion, the balance was the consequence of the permanent suspicion between the two military blocks, as regards the development stage of this technology, also in connection with the results and informational data obtained.

6. The States' Position within the UN on Satellite Remote Sensing

As in the case of the debates conducted within the UN about direct satellite television, the Member States who had conflicting opinions also as regards the adoption of certain international regulations in the remote sensing field.

As remote sensing could be used to observe not only the areas and spaces outside national sovereignty, but also those under the States' jurisdiction, the legal and political issues discussed

within the UN were complex and various. Thus, the Legal Subcommittee of COPUOS was responsible for the proceedings conducted in order to find a solution to conflicting items.

Within this institutional framework, the prohibition to perform remote sensing activities of States' territories, other than those where satellites were launched, was demonstrated to be impossible.

For the beginning, the Latin-American delegations were in favor of this prohibition, except for the observed State consent, but this demand was abandoned, due to the technical difficulties in the verification of remote sensing operations.

Under such circumstances, discussions were focused on other issues, including the access of the observed State to the data obtained about its territory, the disclosure of information about a State's natural resources and the notification of remote sensing activities.

As regards the first issue, *i.e.* the access of the observed State to the data obtained by another State, the delegations of the former Soviet Union and the Eastern European States maintained the idea of an agreement between the State observing the territory of another State and this latter State. The agreement had to regulate the form and procedure of the access right.

However, the delegations of the United States and the Eastern Union expressed their opposition to any restriction related to the collection and dissemination of the information obtained by remote sensing.

As regards the dissemination of the data on the natural resources of the observed State, the former USSR adopted a more flexible position, *i.e.* it preferred the solution consisting in the differentiation of data according to their nature: data that may be disseminated and information which may not be disclosed.

The solution consists in the regime of the primary data that may not be disclosed, *i.e.* in this case the express consent of the territorial State is absolutely necessary.

The United States had a firm and steady position in this respect, being against any restriction on the freedom to disclose information.

As regards the demand to notify remote sensing to the observed State, the delegation of the former USSR did not agree that the notification should precede the remote sensing, whereas the US delegation's standpoint was against this demand.

In the mid 80s, the States' cooperation was more intense in the economic and political field. Under such context, which was favorable to developing countries, the role of transnational private companies in the worldwide economic progress was acknowledged and accepted, leaving behind the suspicion manifested in the 70s, in connection with the exploitation of the States' resources by foreign companies. Therefore, after years of negotiations in the remote sensing field, all the Member States of COPUOS unanimously adopted a set of Remote Sensing Principles.

Principles were adopted based on the economic relations among States and in consideration of these interests.

As regards the military aspect of remote sensing, this was not an obstacle against establishing the principles governing this type of space activities, as the data published in the abovementioned field did not create any international tensions.

From this point of view, the assumption on responsibility when military data obtained by a State or a private entity by remote sensing technology are disseminated and can therefore affect the national security of the observed State seems interesting to us.

Under such circumstance, international regulation, meaning that the State is responsible for the space activities carried out and operated by an entity under its jurisdiction, seems obsolete in the current context of globalization, privatization and marketing of space activities and of the data obtained by remote sensing.

7. Remote Sensing of the Natural Resources of a State

As remote sensing activities permit to know and discover the natural resources of an observed State by another State possessing an advanced technology that enables it to carry out remote sensing activities through artificial satellites, the knowledge resulting from such operations may equally influence international affairs as a whole.

Satellite remote sensing is, in principle, the expression of the technological progress which is beneficial for the entire international community.

We have also underlined, in the previous sections, the important and necessary nature of the cooperation among States in the high technology field, as regards the development of the States' economy and the knowledge of peoples' culture.

In this paper, we have also analyzed the dual functionality of artificial satellites for use both in the civil and in the military field.

In our opinion, it is this functionality that triggered the conflicting States' position and the lapse of a long period until certain framework regulations were adopted, permitting the development of certain operations governed by international rules.

Initially designed as a beneficial and useful activity of observing the natural resources potential of a State, in time, the data regarding this potential represented and could represent the ground for certain hostilities among states, of a blameful nature.

The need to regulate the remote sensing activities also appeared as a result of their implications in the States' sovereignty.

The essential characteristic of a State is sovereignty, which consists in the State supremacy at internal level and in its independence at external level, towards any other power.

State power prerogatives include all the fields of activity: political, economic, social etc.

The sovereignty principle is also reflected in the States' right to exercise their prerogatives on natural resources and their national obligation for the purpose of its own development.

The sovereign right over natural resources, a component of the basic characteristics of sovereignty as a basic principle of international law, was the focus of the discussions and debates within the process of adopting the UN General Assembly Resolution in the remote sensing field.

Considering the State's sovereignty and exclusive powers in connection with its natural resources, the possibility that another State holds or discloses the information acquired about the nature and existence of such resources appears as an immersion in the internal affairs of the observed State, against its will, as a result of the absence of the technology required in order to verify the remote sensing activity.

The difficulties encountered in the regulation of the remote sensing activities relating to the natural resources of a State, consisted, on the one hand, in the developing States' interest in knowing the data about their resources, information which could not be obtained through their own means, but, on the other hand the political incidence of the fact that another State was aware of such countries' potential could not be overlooked. By the strategic nature of the data obtained via artificial satellites, pressure with a prohibitive nature was exercised in connection with the acceptance of such technology.

In time and concurrently with the evolution of space activities, it was demonstrated that remote sensing activities do not mean just the observation, from the space, of the natural resources of a State, but an array of other operations with implications in all the fields of international life, valuable for the worldwide community.

8. States' Security and Remote Sensing

When the set of Principles regarding the remote sensing activities of the States' territory was adopted, the commercial benefit of remote sensing activities and the benefits brought to the countries that could not place this type of satellites into space were considered.

At the same time, the political distribution of the world showed the conceit of the two big space powers that protected their scopes of activity and the various State policies.

After the end of the "Cold War", the number of States holding artificial satellites dramatically increased, through the manufacturing of ballistic missiles.

The importance of manufacturing and possessing such military arsenal consists in the fact that this type of weapons can travel along the air space and the outer space as well. A sensing and remote sensing technology is required in order to detect such missiles and the interception is made outside the outer space.

Therefore, we have to analyze the applicability of international and space law rules to the missile systems operations meant to defend national security.

The principles of such systems in the outer space mean the right to self-defense of the State in danger. The regulation included in the Space Treaty and in the entire set of rules in this field, sets forth that the States' activities in the outer space are subject to the international law rules and include the expression of national territory "self-defense".

Due to the physical characteristics of the outer space and to the consequences on responsibilities in case of missile destruction by self-defense systems, disputes difficult to settle may arise under international and space law. Therefore, we consider that by using the space systems of ballistic missile remote sensing and the ground-based defense systems, the attacked State can destroy this type of weapons, up to the objective. If the missiles launched in the outer space are destroyed by self-defense systems, the debris of these weapons remain in this area, or in the orbital zone, turning into the so-called "*space debris*", fragments extremely dangerous for space vehicles and observatories placed into the circumterrestrial orbit. Space debris may also cause damages when falling on the territory of certain States which very often are not party to the armed conflict. In our opinion, the principles and regulations regarding the States' responsibility should apply in this case.

In this respect, a claim on the use of nuclear weapons was referred to the International Court of Justice in 1996, and this court could not judge on the legitimacy on their use when the States' existence is at stake.

International regulations in the space field cannot cover the multiple legal aspects that may appear during the performance of specific activities. We have also seen the implications of the entire range of space activities which cannot be forecasted in many situations in terms on their consequences on States, national safety and security, citizens and individuals.

The importance of remote sensing is undisputable as regards the detection of the trajectory of weapons used as self-defense, although they can also be used as military measures in case of armed conflicts.

The interdependence between the UN CHARTER prevailing in international law with any other treaty concluded among the United Nations' members and the agreements and treaties signed in the space field, including satellite remote sensing, is, very often, difficult to interpret in practice. This results from the progress of space technology that goes beyond international regulations, leaving a legal gap difficult to cover.

9. Satellite Remote Sensing and Disarmament

Disarmament, as a principle governing international relations, is closely related to territorial defense.

From this point of view, a brief presentation of the relation between the data obtained via remote sensing and the international control on disarmament is required. A proposal was made within the United Nations for the set-up of an International Satellite Monitoring Agency that should use the observation satellites within the activity of monitoring the compliance with armament procedure control agreements. Such proposal has not been materialized yet, because it was difficult to assume that a non-governmental organization that has no sufficient financial resources could supervise and control the production of weapons through the processing of the data acquired by satellites.

The issues relating to disarmament are underlined especially in the UN General Assembly Declaration no. 34/88 on International Cooperation for Disarmament of 11 November 1979. This declaration sets forth that the governments of all the States and especially of the States in possession of nuclear arms have the historical responsibility to eliminate war from the peoples' life, by adopting efficient and decisive measures in the disarmament field.

Some doctrine authors believe that States do not comply with the UN General Assembly Recommendations, since they do not relate outer space to military activities and use technology as a way of reinforcing national and not international security.

Although the nations' enthusiasm towards scientific performance of space activities permitted the conclusion and adoption of treaties and international agreements for the peaceful use of cosmic space and artificial satellites, it was necessary to conclude later certain international documents directly addressing space disarmament and peaceful use of satellites.

In the field covered by us, although political configuration of the worlds' States is totally different than during the 1950 – 1960 decade, the big powers in the space field continue to be the US and Russia, especially as regards the "militarization" of the outer space. Thus, the text of the Joint Statement of presidents George W. Bush and Vladimir Putin on the new strategic relations between the United States of America and the Russian Federation, of 24 May 2002, lays down that these States agree to take important steps for strengthening trust and development of transparency in the defense field.

The opening of the Russian Federation to the international community was also materialized within COPUOS, when, in 1998, the government of this State decided to use the images captured by defense satellites for civil purposes.

We believe that the change of the Eastern Europe political regime after 1990 had a special influence of the space law field, as the former States under the USSR decisional power had the possibility to implement their own space programs and acceded to the programs of the international organizations in the field, increasing these countries' role within international bodies.

This aspect seems important to us considering that at political level, space activities and remote sensing influence the decisions between space powers (consisting of States or organizations) and the developing or undeveloped countries. The States belonging to the first category, which possess data about the resources existing on the territory of other States, may search for exclusive exploitation means, whereas the strategic military importance of remote sensing consists in the fact that high technology permits control on disarmament, military bases and the belligerent activities of the enemy.

Although multilateral and bilateral treaties were concluded or UN General Assembly Resolutions were adopted in the disarmament field, considering the development and placing of remote sensing satellites in the cosmic space, the international community is worried about the use

of such high resolution technology for military purposes even when "self-defense" or "preventive attacks" are invoked, such notions being widely discussed in international or doctrine-related framework. Thus, in 1972, US and USSR concluded the anti-Ballistic Missile Treaty (ABM Treaty) that prohibits the development of such systems for national defense, including systems that use radar sensors.

Later, in 2001, Bush Administration makes public its intention to withdraw from the treaty, in order to produce missiles for the defense of the US, its allies and forces, against short, medium or long range missiles.

Disarmament has an important role within space law, as a principle. However, after the development of the remote sensing technology, the provisions of the treaties should be reconsidered, in our opinion. Therefore, as long as space technologies have a dual use (civil and military), the States' defense systems will also use them for a dual purpose.

At present, the global navigation satellite system is not illegal, as long as it does not proliferate nuclear weapons, but may be classified as armament if it provides data and information for military purposes.

Therefore, the provisions of article IV (1) and (2) of the Space Treaty of 1967 and the provisions forming the regulatory framework of space law are outdated by the current scientific and technological level.

The terrorist attacks of 11 September 2001 encouraged the plenary deployment of the US strategic defense systems, by using the satellite remote sensing for military and political purpose.

If remote sensing was initially aimed at observing all natural resources and their transformation, having a role in the productive and economic processes of States, today it complements its functions by the observation of the States' actions suspected to be a threat to international community.

An increasing number of States demand, within the UN General Assemblies, the reassertion of the peaceful purposes in the development of systems and are against directing such purposes to military and hegemonic objectives.

In 1993, Geneva Disarmament Conference established the foundation for the negotiation of a treaty providing the concrete methods of disarmament control, considering the current international situation. In this respect, the US presented a draft treaty prohibiting the production of enriched uranium since 95% of the world uranium is owned by this State and by Russia.

The US delegation's proposal made no reference to the already accumulated uranium resources and established no verification system, although the future treaty had to be "non-discriminatory, internationally and effectively verifiable".

The governments of certain States requested the initiation of negotiations in order to eliminate existing nuclear arsenals, whereas other delegations were against this, depending on their resources and national interests.

As regards the US, they specified that the treaty could be checked through national verification methods, such as espionage or satellite remote sensing.

The importance of this topic consists in the use of enriched uranium, necessary both to ensure the operation of nuclear power stations and to manufacture nuclear weapons.

This last use is a threat to humankind and for this reason specialized literature refers to the space activities as „ultra hazardous activities”, since this material can be transported via space vehicles.

The manufacturing of enriched uranium, a very relevant topic, is positive in principle, since developing countries possess technological facilities for the manufacturing of this metal for peaceful purposes, favorable to national economy. Other countries such as India, Israel and Pakistan already have such manufacturing processes in place, but they are "on the border" of the

Nuclear Non-Proliferation Treaty, as the production is meant for nuclear arsenal development and growth and for the production of electricity, used in a peaceful way.

The States that attended Geneva Conference did not reach any result as they could not agree on any respect whatsoever.

The NATO-RUSSIA Council, within which the United States of America and Russia will explore the opportunities for disarmament intensification is extremely important for the development of EAST-WEST relations in Europe.

The concern for the use of data provided by remote sensing in order to monitor international agreements on arms control was also shown within the United Nations and the Outer Space Affairs Department. These bodies continue to be the only reliable institutions that promote collaboration in the field of space activities, including remote sensing, through the nature and international vocation of an entity that still has a strong say in international society.

10. States' Cooperation within Satellite Remote Sensing Programs

10.1. UN Remote Sensing Programs

Remote sensing was widely approved within scientific organizations and national governments, as a fundamental way of human society development and economic growth.

The applications deriving from the analysis of remote sensing data meet the needs of communities and governments in the environment, social, economic, technological, regional and territorial field.

The organizational chart of remote sensing international forums consists in a whole set of groups, commissions, programs and systems by which UN materialized its directives into remote sensing policies. Thus, the UN policy in the field was summarized in policies deriving from the Earth Observation activities, materialized into the Program of GEO (Group on Earth Observations) and GEOSS (Global Earth Observation System of Systems). Another type of activity was given by COPUOS, *i.e.* PSA (United Nations Program on Space Applications), as activities belonging to the Outer Space Affairs Department.

The UN activities in the fields of agriculture and food that use space technology were carried out under GLCN (Global Land Cover Network) and GTOS (Global Terrestrial Observing System) programs.

GEO program was established in February 2005 in order to conduct GEOSS implementation, due to the urgent need of coordinating the observations regarding the Earth condition. At political level, remote sensing as a priority activity was also mentioned on the occasion of the G8 Heads of States Meeting held in France, in June 2003.

In terms of policies, the priority of the group is to ensure an extremely vast information on the environment, and GEO implemented a 10 year action plan for a system having complete coverage over the Earth observation, referred to as GEOSS.

GEOSS plan also has the objective to implement, during the decade from 2005 to 2014, in collaboration with the nations' community, intergovernmental, international and regional organizations, the basic guidelines on the stewardship of existing remote sensing systems and to encourage the exchange of information and interoperability.

GEOSS program is aimed at using space information within the human society development processes. In this respect, the Program has a role in: reducing human losses in the case of natural and man-made disasters, understanding the manner in which environmental factors affect human health and welfare, improving natural resources management, understanding and adapting to climate changes, improving climate-related information, for forecast and warning purposes, and in support for agriculture.

The United Nations Program on Space Applications (PSA) was set up in 1971, upon the recommendation of the first United Nations conference on the exploration and peaceful uses of the outer space, held in Vienna, in 1968.

The initial mandate of PSA was the awareness, by the governmental authorities of the States and by intergovernmental agencies, of the benefits of space technology (including remote sensing) and the granting of assistance by industrialized States to developing countries in connection with know-how on and applications of high resolution technologies.

The program organized, in the period between 1972 and 1981, 45 events (training courses, seminars and meetings), promoting a wide cooperation in the space science among States of different economic development.

The most recent activities of the Program include the establishment of educational centers for Education, Science and Space Technology, affiliated to the United States.

A specialized agency of the United Nations, FAO, carries out activities related to hunger eradication and uses geographic information systems provided by remote sensing for the benefit of all countries, economically developed, developing or underdeveloped.

In 2002, FAO and United Nations Environment Program had mutual consultations for the implementation of strategies on the Earth's cover and the initiation of a new Program (the Global Land Cover Network) having the key objective of improving the availability of the global information on this topic.

10.2. United Nations Conferences on the Exploration of Outer Space and Remote Sensing (UNISPACE)

The launch of Soviet satellite Sputnik I in 1957 heralded the beginning of the "the frenetic fight for conquering the cosmic space, symbol of the technological power of the most advanced countries at that time".

From this perspective, the United Nations started a series of initiatives for creating the regulatory arrangements that were to control scientific conquests in the space field.

Three conferences were held in Vienna under the coordination of the world organization. The forums analyzed and established the guidelines on the outer space use for peaceful purposes, discussions being also focused on the activities that used artificial remote sensing satellites.

The first UNISPACE Conference was held in Vienna in 1968, soon after the conclusion of the Framework Agreement, known in the specialized literature as the Space Treaty of 1967.

The conference of 1968 analyzed the stage of researches in the space field and the potential benefits for developing countries or the States that have no space technology.

UNISPACE Conference of 1982 discussed the progress of space technology for economic and social development and the manner of using remote sensing satellites in order to monitor States' resources and the environment.

The Conference reflected the ever growing interest in the use of cosmic space and the development of cooperation programs between the entities that develop the technologies required for placing artificial satellites.

Unlike the previous conference, UNISPACE II addressed precisely the ways of inter-State cooperation in the space field, consisting in resource pooling in order to carry out space programs and measures to be ensured by the outcome of space activities.

Within UNISPACE Conference of 1981, a study was developed on the coordination of States in remote sensing activities, also involving specialized organizations, such as: International Telecommunications Satellite Organization (INTELSAT) that operates its own satellites and the World Meteorological Organization (WMO) which coordinates national or meteorology satellites. The financial payment mechanisms for satellite services, services which are to decrease the high

costs of the use and manufacturing of remote sensing, by the sensible exploitation of soil stations at regional level, were also established.

The study also recommended to the participating States to consider the United Nations' project that defines remote sensing systems in order to meet the needs of developing States, and possibly to set up an international consortium that could operate remote sensing satellites. The study also includes other recommendations in order to involve as many entities as possible in the operation of activities specific to this field.

UNISPACE II shaped up the process initiated in 1968, *i.e.* it updated the objective of reinforcing the legal regime of the outer space and the international cooperation in the peaceful implementation of space technology.

The third UNISPACE Conference was held in Vienna, in 1999. This Conference had the following priority objectives: promoting the efficient means for using space technology and providing assistance in resolving problems of worldwide or regional importance, evaluating the capacity of developing States in using the space research applications in economy and culture, providing a useful forum for the performance of a critical evaluation of space activities that include, first and foremost, the data processed via remote sensing operations.

The Conference discussed the need to revise space law, *i.e.* transforming a common law, set up spontaneously, by the *opinio juris* of the members of international communities, into a voluntary law. Thus, since the United Nations represent almost all the world States, the legal rules issued within the organization generated the interest of a huge majority. In space law, international regulations development technique, including in the remote sensing field, permitted the set-up of a more balanced law, which reflected the fundamental principles set forth by the UN Charter as a whole.

UNISPACE I Conference of 1968 resulted in the review and preparation of treaties in the space field, and UNISPACE II Conference in 1982 initiated four sets of standards complementary to the principles of satellite remote sensing, international direct television and nuclear energy sources.

The last UNISPACE Conference in 1999 put together delegations from the space industry and intergovernmental organizations in the space technology field in order to resolve regional or worldwide issues. Discussions also focused on the accessibility to the researches conducted in this field.

What matters is that this forum proposed a series of concrete measures for environmental protection and natural resources management, by the use of remote sensing technologies. Furthermore, it was requested, during the conference, to apply a worldwide natural disaster warning system, to improve learning programs and information satellite transmission infrastructure.

Vaster issues started to be reviewed within specialized conferences. Thus, the conclusion reached was that the harmonization and classification of space law rules is required considering the current evolution of international relations. In this respect, a proposal was made to analyze the private activity in the space field, the risk accountability, international accountability and accountability for conflicting jurisdiction cases uncovered by the space law. In our opinion, it is necessary to study the privatization and commercial impact on public services in the space field. The intellectual property right and the technology transfer also requires a global harmonization in practice, since space activities, including remote sensing activities, acquired multiple meanings, with unpredicted implications at the time when regulations in the field are adopted.

The importance of the space sector for humankind was enshrined in 1999 by the UN General Assembly, by declaring the World Space Week, between 4 and 10 October. The international organization established that the huge contribution of space science and technology

to the improvement of human condition should be celebrated every year during this week.

On this occasion, in 2004, the progress made in the implementation of the UNISPACE Conference recommendations since 1999 was examined.

By implementing the recommendations of UNISPACE conferences, COPUOS established a Secretariat, named the United Nations Office for Outer Space Affairs, headquartered in Vienna. The office applied Space Programs that contributed to the development and training of the States that had no specific technologies.

The office also carries out remote sensing programs for pilot projects, capacitating programs and programs relating to the gaps in remote sensing, satellite meteorology, or satellite navigation.

Space technology development centers, also in the remote sensing field, were also established regionally. Thus, the Center set up in Asia and Pacific has been operational since 1996, the Center in Morocco and Norway since 1999, and a Center for Latin America and the Caribbees has been operational since 2003 in Mexico and Brazil.

The activity of the Office is supported by technical inter-governmental and non-governmental international organizations, such as ESA, the International Federation of Astronautics (FAI), the Committee on Earth Observation Satellites (CEOS) and the Committee on Space Research (COSPAR).

11. Regulatory Value of the UN General Assembly Resolution on Remote Sensing Principles

11.1. Brief History of the Adoption of Satellite Remote Sensing Principles

In 1970, Argentina proposed within the UN that the United Nations adopt the regulation on the rules and principles governing satellite remote sensing. The proposal resulted in the issuance of Resolution 2733/1970, recommending that COPUOS Scientific Committee establishes a working group to deal with remote sensing issues.

The topic was included on the Subcommittee agenda on 12 December 1974, when the UN General Assembly, by Resolution 3234 requested to the Scientific Subcommittee to analyze the legal implications of remote sensing in the outer space, considering the States' opinions on this topic.

At the beginning, the measures taken to adopt the principles did not consider national security protection, but the protection of security among States with different economic development, more precisely between rich and poor States.

The Argentine Ambassador to the United Nations, Armondo Cocca, indicated that the "main objectives of the States were to establish the principles governing the remote sensing of their countries' human and natural resources and the faith that the new technologies in the field must contribute to the welfare of the entire mankind, especially to meeting the needs and interests of undeveloped countries."

The interest of undeveloped or developing countries was to bring their situation before an international body, *i.e.* their desire was that institutions meant to centralize the regulation in the remote sensing field be set up, in order to minimize their economic vulnerability.

The specific nature of remote sensing activities also involves political issues.

Some authors analyzed the implications of remote sensing technologies on the States' economy and the need that such operations are carried out in line with the key principles of international law.

Like in the case of the debates on other issues in the space law, the UN States had conflicting opinions as regards the key aspects of international law which had to be used for the

harmonization of the remote sensing activity. Thus, developing countries showed their concern for the protection of national sovereignty, considering that when a State's territory is observed by remote sensing, the respective State's consent on the disclosure of the information obtained by the State which performs the remote sensing observation is required.

However, the developed countries such as the US were in favor of the free use and non-discrimination of the dissemination of the information obtained via remote sensing. According to the American delegate, the prior agreement of the observed State would have several weaknesses, including obstruction of international cooperation and would impede the benefits of the remote sensing activity as a whole.

The long negotiations among States about the remote sensing principles resulted in the reduction of the opposition between the States' standpoint, due to the relaxation of international relations and the perception on the advantages of remote sensing. Thus, the developing countries abandoned the requirement to obtain the consent of the observed State, and the States in possession of space technology undertook certain obligations to the States that do not have such technology, but benefit from the results of the space activity.

The negotiations on the remote sensing principles resulted in the finding of certain common issues that could meet the interests of all States.

Therefore, it was agreed that remote sensing activities should be regulated by international rules, for the interest of the entire mankind and especially developing countries, the maximization of global and regional international cooperation, especially environmental protection. In 1976, three other guiding principles were added, *i.e.* coordination, by the UN, of the remote sensing activities, with related technical assistance, immediate provision, to the international community, of the data regarding natural disasters, and neutralization of the information acquired via remote sensing to the detriment of other States (an illusory principle during the Cold War period).

11.2. Regulatory Value of the UN General Assembly Remote Sensing Principles Resolution

A text of Austrian origin that included the principles-related issues was presented to COPUOS, being adopted by the United Nations General Assembly on 5 December 1986, under Resolution no 41/65 which provided the remote sensing principles. The document was adopted with no voting, but under the "consensus" rule.

The main disagreement that arises in connection with the regulatory value of Resolution 41/65 on remote sensing activities is either the classification of its provisions under the category of *jus cogens* rules, or the exclusion of such provisions from the international rules of international law.

Most authors consider that the regulations included in the *corpus juris spatialis* of the space law have no *jus cogens* value, as a matter of fact like all the resolutions of the General Assembly, adopted unanimously, as they are not derivatives of the positive law.

Such rules enshrine a customary stage, being rules under a developing stage via the international practice that shape up the ideological factors existing at a certain point in time.

Other authors believe that the technological change within space activities dramatically and irrevocably altered all the relations of the procedures forming the international law. Therefore, space and remote sensing technologies alter the law of nations, impair the States' sovereignty and circumvent the current legal framework. The modern space law is based on Anglo-Saxon rules, but is "nourished" by the Latin law and the whole public international law.

All the legal issues that have arisen in the space field have a deeply international nature, because the consequences of such activities affect humankind. The resolutions of the UN General Assembly Resolutions are not binding legal rules, because the General Assembly was not designed

as a legislative body and therefore its resolutions have a non-binding nature for the Member States.

The primary responsibility of the United Nations is the progressive development of international law and its coding, the international body becoming a coordination center for inter-state collaboration and the drafting of the necessary international law rules.

A more qualified opinion in the specialized literature was articulated as early as 1967. Thus, as regards the regulatory value of the UN General Assembly Resolutions (including the resolutions in the satellite remote sensing field), the nature of such documents was reviewed, in terms of whether they set forth legal rules or are an individual administrative deed. The argument starts from the fact that the international bodies' activity is mainly expressed by resolutions which are "formal manifestations of opinion", representing a deliberative and decisive process meant to achieve the objectives of such organizations. All the decisions of international organizations are issued under the competence given by the documents of incorporation. From this perspective, resolutions are acts of law, capable to determine certain legal consequences which are defined, sometimes, more or less clearly in the articles of incorporation.

The UN CHARTER does not set forth any legal definition of recommendations, although it grants to the organization's main bodies the competence to issue such recommendations and precisely regulates the exercise of such competence.

Other documents of international organizations may create rights and obligations for certain states, such as the decisions regarding the allocation of UN expenses among its members, or the decisions ordered by the Security Council. In this respect, such decisions should be viewed as methods creating a law.

Although decisions are not binding, they entail real obligations, and recommendations set forth compulsory objectives, although leaving at the member's discretion the choice of the methods appropriate for their achievement.

For these reasons, decisions contribute to the set-up of customary rules. However, when mission statements are incorporated in the UN General Assembly Resolutions, such resolutions have a legal value if they are equivalent to an interpretation of the Charter rules or principles which are binding on the Member States.

The space law doctrine also analyzed the difference between the UN General Assembly resolutions and recommendations. The reasoning is based on the axiom that the international community as a whole acknowledges the existence of a legal order generating rights and obligations for States.

The resolution stands for an order, an invitation or is a hybrid form. Resolutions deal with issues that are basically political and technical. Therefore, resolutions of a legislative nature set forth legal rules and may be an individual administrative deed; however, resolutions also have a legitimacy nature within a decision-making arrangement, which brings a representation into play, via the unanimous or majority voting system.

Although the argumentation seems to favor the binding power of resolutions, their legislative character lead to the conclusion that the nature of such documents is vague and heterogeneous.

By way of comparison, the recommendations issued by the UN General Assembly have a legal value of "a moral and political nature, the permissive nature as regards their fulfillment being very wide", which can be translated by an "invitation".

Other authors believe that the regulatory value of resolutions is situated somewhere between a "custom" and a "convention".

As regards the space law field, we believe, using the arguments laid down in the doctrine, that the rules included in the resolutions governing space activities, including satellite remote sensing activities are *de jus cogens* rules, therefore they are binding on the Member States.

Other authors had the same opinion and linked space law to the development law, as the technology in this field is used as an instrument for exceeding the differences among people, the desideratum being included in the key principles of international law.

Another argument, convincing in our opinion, which acknowledges the binding legal nature of the UN General Assembly resolutions that interpret rules or principles laid down in the CHARTER consists in the fact that such acts, by their enforcement, implement the very treaty incorporating the organization, *i.e.* the CHARTER, on which the bodies' powers in adopting such resolutions are based.

12. Satellite Remote Sensing and the "Soft Law" Phenomenon

International law extended its scope of application to other fields as well, such as space activities, which also includes satellite remote sensing.

The notion of "soft law" was introduced in the doctrine by lord McNair, in order to make a distinction between *lege lata* and *lege ferenda*.

The soft law rules list abstract principles, encountered in the legal order, which became operative by judicial enforcement.

Certain authors specify the meanings of the soft law notion as: rules under development, with no legal value, with an ambiguous or vague content, or rules included in the UN General Assembly Resolutions forming an "intermediary legal order".

The development of the soft law phenomenon can be explained by the structure of international society, by political and ideological notions.

This phenomenon appeared after 1960, in response to the theories motivated by the new international economic order, by the revision of the traditional theory of international law sources and the emergent role of international bodies' resolutions.

Certain authors believe that the phenomenon of soft law has certain negative effects, as it tends to form a relative set of rules, which poses certain threats to the international law. This means excessive variety in the international sets of rules, requires "the non-recognition of one's own international order, as a right of cooperation between sovereign entities".

Soft law is considered to be an ideological product favorable for those who pretend to give a binding nature to certain resolutions of the UN General Assembly, some sort of soft, permissive, flexible rule.

These rules do not trigger any binding nature and for this reason their non-observance does generate no reactions or no rejection from the international legal order, leaving to their addressees a wide discretion in appreciating their observance, without infringing international law.

Another argument in favor of excluding the soft law from the mandatory rules consists in the fact that the States should ratify or adopt such rules under their national legislation in order to ensure that they become binding. Therefore, only the general nature of this phenomenon foreshadowing the creation of subsequent legal rules can be explained.

The legal nature of soft law is defined by the specialists in the field as a programmatic law, based on ethical principles, a rule-setting technique facilitating unification, which generates, within certain bodies, international coding. The same type of appreciation also includes the opinion of other authors that consider the soft law as a legal technique in a descriptive stage, a set of rules leading to the relation of the "rule" or of the "system of technical standards" determining the practical elaboration of law. Another sector of the doctrine views the "soft law" as a spontaneous law, stemming from the habits and customs of legal operators and including a set of "framework laws, recommendations, resolutions" or a set of rules resulting from the worldwide participants' proceedings.

Specialists also covered the international custom institution within the analysis regarding the regulatory value of the UN General Assembly Resolutions generally and of the Statements and Resolution on remote sensing principles.

Custom is defined, in the classical international law, as a process based on the efficacy principle. This consists of an objective item, a material item (the States' practice) and a subjective item (*opinio juris vel necessitatis*).

Opinio juris is a controversial concept, originating from the 19th century and developed by the German historical school, which consists in "convincing the subjects that follow a practice to consider it as a legal rule, as if it were mandatory.

This definition is partially included under article 38 (1) of the Charter of Hague Tribunal. As the General Assembly Resolutions are not binding on the Member States, they contain nothing but elements of appreciation relating to the development of the customary law, which exclude, under certain circumstances, the adoption of such documents by consensus or majority vote, which gives them a regulatory nature.

Other authors state that the UN General Assembly Statements have no regulatory nature, unlike the treaties, as they only serve to establish a practice which will be the source of an international custom, of a "harder" regulatory nature.

Since the space law that includes a whole set of rules did not adapt itself to the current international situation, the disagreements about the legal value of resolutions in the space activities' field are maintained at high parameters.

The opinion embraced lately is that the rules governing the remote sensing activities must be considered compulsory rules for the Member States. This standpoint is sustained by the provisions of the UN General Assembly Resolution no. 62/217 of 21 December 2007 on the International Cooperation in the Peaceful Uses of Outer Space.

In this respect, the General Assembly strongly requests that the states which are not parties to the governing international treaties should take into consideration the possibility to ratify or accede to treaties according to their domestic law (such as incorporating them in their national legislation).

References**Book**

1. Dumitra Popescu, Adrian Năstase, *Drept Internațional Public*, (Bucharest, Casa de Editură și Presă „Șansa” SRL, 1997)
2. Raluca Miga-Besteliu, *Drept Internațional. Introducere în dreptul internațional public* (Bucharest, Editura All, 1997)
3. World Encyclopedia - Oxford University Press
4. A. Monjes, *Actividades de Teledetección espacial en Argentina* (Universidad Nacional de Catamarca)
5. Ricky J. Lee, *The Jus Ad Bellum in Outer Space* (Sydney, Australia, 2002)
6. Elma del Carmen Trejo Garcia, Margarita Alvarez Moreno, *Análisis de la Política Nacional de los Estados Unidos de América en Materia del Espacio Ultraterrestre* (Mexico, 2006, conform www.diputados.gob.nix.)
7. Charles Rousseau, *Droit international public* (Paris, 1970)
8. CA. Colliard, *Les principes regissant la teledetection spatiale* (A.F.D.I., 1986)
9. L. Diquel, *Les Effets des resolutions des Nations Unies* (Paris, 1967)
10. M.G. Marcoff, *Sources du droit international de l'espace* (R.C.A.D.I., 1980)
11. Fernandez Tomas Antonio, *Derecho Internacional Publico*, (Valencia, Tirant ia Blanch, 2001)
12. Michel Vilary, *Fuentes del Derecho Internacional Publico* (Mexico, 1985)
13. Raimundo Gonzalez Aninat, *El derecho del espacio y la Cooperacion Internacional*
14. Julio Barberis, *Los actos juridicos unilaterales como fuente del derecho internacional publico. Hacia un nuevo orden internacional* (Tecnos, Madrid, 1993)
15. Julio Barberis, *Formacion del Derecho Internacional*, Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1990
16. Elayne Higgleton, *The Chambers Dictionary* (Great Britain, 1998)
17. Gutierrez Espada, *Derecho Internacional Publico* (Editorial Trotta, Madrid, 1995)

Journal article**Article in a print journal**

1. Jose Humberto, Cairo Villalobos, *La tercera conferencia de las Naciones Unidas sobre el espacio ultraterrestre y el derecho*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, no. 1 (2001), pp. 98-119
2. Benko Marietta & Schrogl K.U., *Space Law at Unispace III and Beyond*, International Institute of Spatial Law (1997)
3. E. Ambroseti, *The relevance of remote sensing to third world economic development: same legal and political aspects*, New York University Journal of International Law and Politics, no.5, vol. 12 (1980), pp. 569 si urm.
4. C.Q. Christal, *Remote Sensing and International Law*, Annals Air and Space Law, vol. V (1980)
5. J. Logsdon, T. Monk, *Remote Sensing form Space: A continuing Legal and Policy Issue*, Annals Air and Space Law, vol. VIII (1983)
6. Jorge Castaneda, *Valor juridico de las resoluciones de las Naciones Unidas*, R.C.A.D.I., vol. 129 (1970), pp. 205-332
7. Rafael Garcia del Poyo, *Derecho especial*, Revista de Aeronautica, 2007, no. 767
8. Mauricio Ivan del Toro Huerta, *El fenomeno de soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, no. 6 (2006), pp. 513-549
9. Prosper Weill, *Towards Relative Normativity in International Law*, American Journal of International Law (1983)

Article in a online journal

1. Jorge Gutiérrez del Olmo, Miguel-Victoriano Moreno Burgos, *Pasado presente y futuro de la teledetección de alta resolución. El satélite Ikonos* (II Conferencia sobre Sistemas de Información Territorial, Pamplona, 8-10.11.2000, <http://ww2.pcypsitna.navarra.es/C4/Territorial%202000/Document%20Library/INDICE%20DE%20COMUNICACIONES.htm>)
2. Johanna Catena, *Acquisition of Space Weapons, the legal, political and military impact for*

- internationa l peace and security* (Proceedings of the Forty-fifth Colloquium on the Law of Outer Space, 10 October–19 October 2002, Houston, Texas)
3. Y. Takaya, *GNSS For military uses or preaceful uses?* (34th COSPAR Scientific Assembly, The Second World Space Congress, held 10-19 October, 2002 in Houston, Texas)
 4. John M. Logston, *What weapon is in outer space already* (Space Policy Institute, „George Washington” University, Summer session. Program 2002 of International Space University)
 5. Ruth Gal, *Los satelites, las naves espaciales y nosotros* (<http://omega.i/ce.edu.mx>)
 6. Russell D. Hoffman, *Cassini and the United Nations Outer Space Treaty*, 1997 (www.animatedsoftware.com)
 7. Miguel Marin Bosch, *Material Fusil*, 2006 (www.jornada.unam.mx)
 8. *Instrumentos internacionale para el uso pacifico del espacio ultraterrestre* (www.cinu.org.mx/temas/Derint/espacios.htm.)
 9. N. Jasentuliyana și R. Chipman, *International Space Programmes and Policies* (Proceedings of the Second United Nations Conference of Outer Space, Vienna, august 1982, North-Holland, 1984)
 10. Roberto Ago, *La Codification du droit interna țional et Ies probl&mes de sa rialisation* (www.un.org/events/unispace)
 11. Ernesto Rodriguez Medina, *Nuestro derecho al espacio. La orbita geostacionaria de unafrustrada regulacion?* (www.juridicas.unam.mx)
 12. Maria del Pilar Hernandez, *Obligatoriedad de las resoluciones de la organizacion de las Naciones Unidas en el derecho nacional* (www.juridicas.unam.mx)
 13. Aida Nobilia, *Lasfuentes delDrecho informatico* (2003, www.alfa.redi.org)
 14. Jorge Ulises Caramona Tinaco, *Panorama y propuestas sobre la aplicabilidad de los derecho fundamenta iles de los grupos en situacion vulnerable* (www.bibliojuridica.org)
1. www.spacelaw.com.
 2. <http://coello.ujaen.es/Asignaturas/teledeteccion/html>.
 3. www.editorial.unca.edu.ar. „Conceptul de teledeteție”.
 4. www.um.es/geograf/sigmur/teleder/intro/pdf.
 5. www.editorial.unca.edu.ar
 6. www.unoosa.org
 7. www.cce.gov.co
 8. www.epa.gov/geoss
 9. <http://www.glen.org>.
 10. www.cinu.org.mx/temas/Derint/espacio.htm.
 11. www.cinu.org.mx.
 12. www.un.org/events/unispace
 13. www.igac.gov.co
 14. <http://books.google.ro>.
 15. www.scielo.org.ve.
 16. www.unoosa.org.

ASPECTE POLITICO-JURIDICE PRIVIND TELEDETECȚIA PRIN SATELIȚI. UTILIZAREA SATELIȚILOR ARTIFICIALI ÎN TELEDETECȚIE

Corina NEAGU *

Cuvinte cheie: *teledeteecție, relații internaționale, resurse naturale ale statelor, cooperarea între state, dezarmare, securitate*

1. Introducere. Conceptul de teledeteecție

Teledeteecția este o știință aplicată, dependentă de stadiul de dezvoltare tehnologică existentă într-un anumit moment.

Noțiunea de teledeteecție, în doctrina de specialitate, cuprinde aceleași elemente definitorii, dar sensibil interpretate, având în vedere că metoda teledeteecției implică noțiuni de tehnologie cu rezoluție înaltă.

Toate definițiile însă, au ca punct de reper, pe cea cuprinsă în Rezoluția Adunării Generale a ONU nr. 41/65 din 3 decembrie 1986. Astfel, în cadrul Principiului 1 se statuează că prin „teleobservare” se înțelege observarea suprafeței Pământului, din spațiu, utilizând proprietățile undelor electromagnetice emise, reflectate sau difractate de către obiectele observate, în scopul de a îmbunătății ordonarea resurselor „naturale, de a folosi zonele suprafeței terestre și a proteja mediul înconjurător.

În doctrina românească, teledeteecția este definită ca o metodă prin care se poate determina natura și starea resurselor naturale ale mediului înconjurător al Pământului, prin observații și măsurători făcute de pe obiectele spațiale sau „activitatea spațială prin intermediul căreia se culeg și se stochează informații referitoare la fenomenele geofizice, activitățile umane, resurse naturale de la suprafața Pământului sau din subsol, atât pe teritoriul aflat sub suveranitatea statelor, cât și în spațiile nesupuse suveranității acestora.

Teledeteecția este adaptarea expresiei anglo-saxone, „remote sensing”, folosită încă din anii '60, pentru a defini tehnica de obținere de informații, terminologie consacrată odată cu plasarea pe orbită a primilor sateliți de observare a Pământului.

Astăzi, există traduceri mai literale ale aceluiași concept, dar termenul de teledeteecție sau teleobservare este cel mai apropiat de etimologia cuvântului.

Dezvoltarea tehnologiei spațiale a permis o variantă a conceptului de teledeteecție, aplicată inițial la fotografia aeriană (principal sensor existent în acea perioadă) și anume teledeteecția prin satelit. Astfel, dintr-un punct de vedere strict tehnic, prin teledeteecție se înțelege „ansamblul de tehnici, aparate și proceduri care permit obținerea și analizarea imaginilor de pe suprafața Pământului, cu ajutorul senzorilor plasați la mare depărtare”. În acest context, teledeteecția este știința care se ocupă cu obținerea de informații, pornind de la fotografiile multispectrale, sau de la radar, obținute prin senzori îndepărtați (sateliți), ale unor elemente situate la o anumită distanță.

Termenul de teledeteecție indică obținerea de informații despre un obiect situat la distanță, fără un contact material între obiectul observat și cel care observă.

* Avocat, doctor în drept, Baroul București.

În acest caz, obiectul observat este suprafața terestră, maritimă sau atmosferică, iar observatorul este un senzor situat în aer sau în spațiul extraatmosferic, capabil să detecteze, să stocheze informații, pentru ca acestea să fie supuse, ulterior, unei analize.

Teledetecția, de fapt, cuprinde orice metodă de obținere și înregistrare a informației de la distanță.

Teledetecția include nu doar procesele și aparatele ce permit obținerea unei imagini de la distanță a suprafeței terestre, ci și prelucrarea necesară în contextul unor anumite determinări.

Din acest punct de vedere, în activitățile de teledetecție se includ și procedurile ulterioare obținerii informației prin satelit așa cum sunt enumerate în Rezoluția Adunării generale a ONU nr. 41/65/1986". Din prevederile documentului ONU, rezultă că termenul de „teledetecție” prezintă două limitări ale termenului tehnic: se limitează scopurile și obiectivele care au utilizare militară și se exclude teledetecția din aer.

Prin urmare, oricare ar fi noțiunea acestei tehnologii, esența definițiilor ce se circumscriu termenului de „teledetecție” sau „teleobservare” este aceea de observare a unui element de la mare distanță, prin mijloace de înaltă tehnologie.

2. Scurt istoric al teledetecției

Domeniul teledetecției se modifică rapid, prin impactul produs de noile platforme, senzori, metode de manipulare și analiză a informațiilor spațiale.

Evoluția tehnologiei de observare a Pământului prin intermediul sateliților nu oferă date precise asupra momentului când s-a aplicat această tehnică de rezoluție înaltă, pentru că sateliții care foloseau acest sistem erau de aplicație militară.

Fotografierea Pământului s-a efectuat, la început, din aer, la sfârșitul Primului Război Mondial, existând peste un milion de fotografii, dar tehnicile propriu-zise de recunoaștere prin metoda teledetecției au fost utilizate în cel de-al doilea Război Mondial. Nicio mișcare militară importantă nu era inițiată fără obținerea și interpretarea fotografiilor aeriene ale zonei.

În această perioadă s-a manifestat interesul pentru tehnicile de uz civil în prospectarea mineralelor și petrolului existente în subsolurile Terrei.

Originile fotografierii suprafeței Pământului din aer sunt însă cunoscute. Primele fotografii aeriene au fost executate în Franța, în anul 1839, iar în 1840 s-au realizat primele hărți topografice oferite de directorul Observatorului din Paris. În anul 1858, Gaspard Felix Tournachon a zburat deasupra Parisului, într-un balon cu intenția de a întocmi harta orașului.

Precursorii teledetecției au fost baloanele de recunoaștere militară, folosite în războiul civil nord-american și în războiul Triplei Alianțe.

În 1906, G. Lawrence a dezvoltat, în SUA, un ansamblu care permitea transportul camerelor de luat vederi, cu care a efectuat fotografiile aeriene ale pagubelor produse de cutremurul din San Francisco. Primele fotografii din avion au fost obținute de Wilbur Wright în 1909, în Italia.

Putem vorbi de teledetecția propriu-zisă, așa cum este definită astăzi, de la momentul lansării satelitului sovietic Sputnik, când Statele Unite ale Americii au plasat pe orbită primul satelit de observare a Pământului echipat cu un senzor optic, satelitul fiind fabricat în scopuri militare.

Începutul oficial al sistemelor de teledetecție, deschise comunității științifice, este anul 1972, când se lansează satelitul LANDSAT 1, urmat de LANDSAT 2, în 1975 și LANDSAT3, în 1978.

În acest din urmă an, SUA lansează un alt satelit, denumit SEASAT, cu o durată de viață pe orbită de numai 100 de zile. Se pare că distrugerea sa programată și intenționată s-a datorat marii

cantități de informații pe care le-a oferit diverselor persoane, sau instituții, fără a mai putea fi controlat în vreun fel.

În ceea ce privește activitatea de teledetecție a fostei URSS, aceasta plasează pe orbită sateliți pentru teledetecție între anii 1980-1998 sub denumirea de SPIN, dar informațiile asupra acestora sunt clasificate.

Europa Occidentală intră în domeniul sateliților de teledetecție cu SPOT 1, de fabricație franceză, pe care îl plasează pe orbită în anul 1986. Doi ani mai târziu, SUA produce platforma Lacrosse, primul sistem spion radar, iar ESA lansează, în 1991, satelitul ERS 1, urmat de ERS 2, lansat în 1994, satelit care este operativ și astăzi.

Perioada anilor 1990, când pe plan politic mondial s-a destrămat sistemul comunist în statele din Europa de Est, a reprezentat în punct de referință în ceea ce privește lansările de sateliți în scop de teledetecție și de către alte state, care posedau tehnologie spațială.

3. Interesul studierii teledetecției prin satelit

Utilizarea sateliților artificiali în teledetecție, conferă acestei tehnologii o aplicabilitate practică de cel mai mare interes și beneficiu, cum ar fi prospecțiunile meteorologice și seismice, evoluția recoltelor agricole, detectarea incendiilor în păduri, informații despre calotele glaciare, detectarea minereurilor subsolului și resurselor biologice.

Astăzi, spațiul extraatmosferic nu mai este dominat de câteva state. Aproape 150 de țări, multe dintre ele din așa-numita „Lumea a treia”, sunt implicate, direct sau indirect, în activități spațiale pe care le utilizează în beneficiul dezvoltării naționale, teledetecția demonstrându-și utilitatea pentru statele cu dezvoltare precară, ceea ce i-a atras denumirea de „A treia mare Cursă Spațială”.

În cadrul lucrărilor și documentelor organizațiilor internaționale, de profil, sau de vocație universală, s-au accentuat frecvent importanța și beneficiile activităților spațiale și de teledetecție. Pentru realizarea și corelarea obiectivelor și scopurilor acestor organizații, activitățile spațiale devin, astăzi, indispensabile. Ne referim, mai ales, la telecomunicațiile prin satelit și la teledetecție, fără de care schimbul de informații între organizațiile informaționale nu s-ar putea desfășura într-o modalitate optimă.

Datorită dezvoltării rapide din punct de vedere științific, teledetecția nu a fost reglementată amănunțit, astfel încât să se evite controversele în cadrul organizațiilor internaționale, subiect al acestor discuții fiind, în primul rând, difuzarea informațiilor obținute.

Totodată, privatizarea și comercializarea activităților spațiale, inclusiv a celor de teleobservare augmentează rolul statelor în curs de dezvoltare, care constituie „piețe de desfacere” ale informațiilor și care contribuie la micșorarea costurilor acestor activități.

De asemenea, trebuie avută în vedere globalizarea societății internaționale, liberul comerț între state, implementarea companiilor multinaționale pe teritorii până mai ieri închise, aflate sub influența politică a marilor puteri, migrarea forței de muncă supercalificate în domeniul tehnologic, ceea ce atrage incidența aplicării unor instituții de drept internațional sau național, după caz, care, aparent, nu au legătură cu materia studiată.

Din această perspectivă, se impune adoptarea unor norme viabile, care să reglementeze raporturile actuale dintre entitățile ce desfășoară activități spațiale, altfel, rezoluțiile adoptate în domeniu, necorelate cu evoluția domeniului teledetecției, rămân fără suport și aplicabilitate reale.

Necesitatea reglementării se impune și datorită faptului că, practic, activitățile de teledetecție nu au rămas în totalitate sub supraveghere statală. Astfel, anterior anului 1984, SUA a încredințat NASA lansarea primilor sateliți de teledetecție civilă și în același an, după multe ezitări, decide să privatizeze sistemul de teledetecție prin „Land Remote-Sensing

Commercialization Act” din 17 iulie, dată de referință pentru transferul la sectorul privat al dezvoltării și exploatarei sateliților destinați acestor operațiuni.

În Franța, teledeteția a fost concepută, inițial, ca o activitate comercială în exploatarea căreia sectorul public și privat erau asociate. În acest sens, menționăm că dezvoltarea și exploatarea tehnică a satelitelui SPOT a fost conferită CNES, care este o entitate publică cu caracter industrial și comercial. Dar difuzarea imaginilor captate de satelit, ca date de teledeteție, a fost conferită entității SPOT Image, care este o societate anonimă, filială a CNES. Acest sistem dual permite continuitatea serviciilor și totodată ameliorarea lor datorită vânzării imaginilor SPOT. De menționat că SPOT Image a creat în SUA o filială „SPOT Image Corporation” al cărei sediu social se află la Washington.

4. Dualitatea noțiunii de teledeteție

În reglementarea actuală, termenul de „teleobservare” a fost substituit cu cel de „teledeteție” care înglobează, la modul general, operațiunile de cunoaștere a anumitor regiuni ale Pământului, efectuate de un receptor situat la bordul unui satelit. Datele obținute sunt stocate ca imagini standardizate, înainte de a fi transmise unei stații de la sol, stația de la sol, la rândul ei, le înregistrează, fie pe un suport fotografic, fie pe o bandă magnetică, fie pe orice alt suport.

În acest context, interesul clarificării definiției teledeteției se impune și pentru faptul că teledeteția și-a mărit câmpul de aplicații în aproape toate domeniile vieții economico-sociale și politice, depășind cadrul inițial al noțiunii, de teleobservare a Pământului.

Din alt punct de vedere, rezumându-ne strict la definiția cuprinsă în Rezoluția ONU asupra teledeteției, operațiunile de interpretare a datelor furnizate de sateliții cu rol în acest domeniu ar fi „activități de teledeteție”, întrucât modalitatea de prelucrare, pentru a deveni informații către utilizatori, presupune și utilizarea altor surse, în sensul cunoștințelor științifice aplicate. Este ceea ce tehnicienii numesc „segment sol”.

Sub această perspectivă este de neimaginat ca fiecare utilizator să aibă capacitatea prelucrării datelor obținute prin teledeteție, prelucrare care constituie o adevărată industrie, ce implică existența unei multitudini de organisme de natură publică, sau privată, cu rol în satisfacerea cererilor beneficiarilor.

Operațiunile de teledeteție sunt, la modul general, supuse unui regim liberal, subsumat denumirii de „politica cerului deschis”, fiind descompuse în trei fraze: colectarea, difuzarea și protecția juridică a datelor de teledeteție.

Dat fiind progresul tehnologic în materia teledeteției, diversificarea operațiunilor și datelor obținute prin această procedură, noțiunea de teleobservare, așa cum o regăsim în titlul Rezoluției Adunării Generale a ONU, este depășită.

În opinia noastră, noțiunea de teleobservare nu cuprinde numai date privitoare la suprafața terestră, sau a subsolului acesteia. Pe de altă parte, definiția ni se pare a subsuma și activitățile de obținere a datelor și prelucrarea acestora, întrucât, dacă nu ar fi așa, procedeul s-ar rezuma la o simplă operațiune de receptare a unei formațiuni de pe suprafața terestră, ceea ce nu ar conferi niciun rezultat concret teleobservării, fără prelucrarea informațiilor obținute.

Din această perspectivă, interesul reglementării teledeteției se impune și pentru faptul că teledeteția și-a mărit câmpul de aplicații în domeniul altor ramuri de drept internațional, cum ar fi dreptul mediului, dreptul umanitar, dreptul diplomatic.

De asemenea, în ultimul deceniu al secolului XX, politica statelor în domeniul teleobservării a dovedit că această procedură tehnologică include obligatoriu și activitățile de teledeteție. Astfel, în anul 1994 se decide saltul actual în privatizarea activităților spațiale din SUA. Prin Directiva Administrației Președintelui american Bill Clinton, se permite companiilor

private să construiască sisteme de sateliți comerciali capabili să obțină imagini de rezoluție înaltă. Totuși, guvernul SUA își rezervă dreptul de control în situația în care securitatea națională sau obligațiile internaționale și/sau politica externă ar putea fi afectate.

5. Teledetecția în cadrul relațiilor internaționale

Prin dezvoltarea cooperării între state, beneficiile activităților de teledetecție, în prezent, sunt de necontestat, în special în domeniile de larg interes social și economic.

La începutul derulării acestor tehnologii, în condițiile în care statele se aflau, evident, sub influența celor două mari puteri spațiale, SUA și fosta URSS (regimurile politice fiind diametral opuse și care aplicau concepte politico-economice ireconciliabile), tensiunile internaționale au existat. Astfel, până la adoptarea, prin Rezoluție, de către Națiunile Unite, a principiilor referitoare la activitățile de teledetecție, lansările de sateliți cu această funcționalitate s-au efectuat în timpul a numeroase negocieri, care, de multe ori au fost întrerupte din cauza unor poziții contradictorii ale statelor, poziții ce, în timp, urmau a fi conciliate.

Tehnologia spațială în domeniul teledetecției a condus la manifestări diferite ale statelor în ceea ce privește obținerea informațiilor prin teledetecție. Pozițiile opuse ale statelor își aflau sorgintea în stadiul diferit de dezvoltare economică, care, de multe ori, nu era proporțională cu resursele naturale ale statului respectiv. O țară, spre exemplu, în curs de dezvoltare, putea beneficia de resurse extrem de valoroase, dar care nu puteau fi exploatate corespunzător din cauza lipsei de tehnologie.

Un alt factor care a tensionat negocierile statelor, până la adoptarea Principiilor teledetecției, a fost componenta politică. În perioada extrem de lungă până la adoptarea rezoluției din acest domeniu, polarizarea regimurilor politice în jurul SUA-Occident și fosta URSS - care influența statele din Europa de Est - domina lucrările în cadrul organismelor internaționale. Interesul asupra beneficiilor oferite de tehnologie, cât și detensionarea dintre cele două mari puteri, în penultimul deceniu al secolului XX, a condus la soluții de compromis, în urma înțelegerii rolului tehnologiei teledetecției prin sateliți.

Totodată, suspiciunea țărilor în curs de dezvoltare, care dețineau resurse naturale importante, dar nu aveau tehnologie avansată în domeniu, s-a diminuat din cauza imposibilității accesului statului receptor și detector de informații asupra acestor resurse ale statului observat.

Un alt aspect al dezvoltării și focalizării acordului în domeniul teledetecției, dintre state cu sisteme economice diferite, este comercializarea activităților de teledetecție.

Această comercializare s-a manifestat atât prin transferul și vânzarea, către statele interesate, a datelor obținute prin teleobservare, cât și schimbul sau transferul sub diverse forme a datelor între statele cu tehnologie spațială.

În plan militar, teledetecția și-a concretizat valoarea prin rezultatele obținute din prelucrarea datelor recepționate de la sol. Schimbul de informații atât între statele membre ale Tratatului Nord Atlantic, cât și datele obținute de fosta URSS, utile pentru statele membre ale Tratatului de la Varșovia, a avut un rol determinant în menținerea unui echilibru militar în zona Europei. Echilibrul, în opinia noastră, a fost consecința permanentei suspiciuni între cele două blocuri militare, în ceea ce privește stadiul dezvoltării acestei tehnologii, cât și în privința operării cu rezultatele și datele informaționale obținute.

6. Poziția statelor în cadrul ONU privitoare la teledetecția prin satelit

Similar cu dezbaterile în cadrul ONU asupra televiziunii directe prin satelit, statele membre au fost divizate și în ceea ce privește adoptarea unor reglementări internaționale în domeniul teledetecției.

Întrucât, prin teledeteție, se puteau observa nu numai zonele și spațiile aflate în afara suveranității naționale, ci și cele aflate sub jurisdicția statelor, problemele juridice și politice dezbătute în cadrul ONU au fost spinoase și numeroase. Astfel, responsabil pentru lucrările asupra găsirii soluțiilor punctelor divergente, a fost Subcomitetul juridic al COPUOS.

În acest cadru instituțional s-a dovedit imposibilitatea interzicerii teleobservării teritoriilor statelor, altele decât cele de lansare a sateliților.

Pentru început, delegațiilor latino-americane erau partizanele acestei interdicții, cu excepția existenței acordului statului observat, dar această pretenție a fost abandonată, din cauza dificultăților tehnice în verificarea operațiunilor de teleobservare.

Față de această situație, dezbaterile s-au centrat asupra altor probleme, între care figura accesul statului observat la datele obținute despre teritoriul său, divulgarea informațiilor asupra resurselor naturale ale unui stat și notificare activităților de teledeteție.

În ceea ce privește prima problemă și anume aceea a accesului statului observat la datele obținute de către un alt stat, delegațiile fostei Uniuni Sovietice și statelor Europei de Est au susținut ideea unui acord între statul care observă teritoriul unui alt stat și acesta din urmă. Acordul trebuia să reglementeze forma și procedura dreptului de acces.

În schimb, delegațiile Statelor Unite și ale Europei Occidentale s-au manifestat împotriva oricărei restricții în ceea ce privește colectarea și difuzarea informațiilor obținute prin teledeteție.

În ceea ce privește difuzarea datelor referitoare la resursele naturale ale statului observat, fosta URSS a adoptat o poziție mai flexibilă, în sensul că a preferat soluția diferențierii datelor în funcție de natura acestora: date care pot fi difuzate și informații care nu pot fi divulgate.

Soluția constă în regimul datelor primare care nu pot fi divulgate și anume, în acest caz, fiind imperios necesar consimțământul expres al statului teritorial.

Statele Unite au avut o poziție fermă și constantă în această privință, opunându-se oricărei restricții aduse libertății difuzării informațiilor, în ceea ce privește cerința notificării teleobservării către statul observat, delegația fostei URSS nu a acceptat ca notificarea să fie prealabilă teleobservării, în timp ce delegația SUA a avut un punct de vedere contrar acestei cerințe.

La jumătatea anilor '80, cooperarea statelor s-a manifestat mai pregnant în domeniul economic și politic. În acest context, favorabil țărilor în curs de dezvoltare, s-a recunoscut și acceptat rolul companiilor private transnaționale în progresul economic mondial, depășită fiind suspiciunea deceniului '70, în sensul exploatării resurselor statelor de către companii străine. Astfel, toate statele membre ale COPUOS, după ani de negocieri în domeniul teledeteției, au adoptat prin consens un set de Principii asupra teledeteției.

Principiile au fost adoptate în virtutea relațiilor economice dintre state și în considerarea acestor interese.

În ceea ce privește aspectul militar al teledeteției, acesta nu a constituit un impediment în stabilirea principiilor ce guvernează acest tip de activități spațiale, datele publicate în domeniul menționat necreând tensiuni internaționale.

Sub acest aspect, ni se pare interesantă ipoteza responsabilității în cazul în care date de ordin militar, obținute de un stat sau entitate privată, prin tehnologia teledeteției, sunt difuzate și astfel pot afecta securitatea națională a statului observat.

În această situație, reglementarea internațională, în sensul că statul este responsabil al activităților spațiale desfășurate și operate de o entitate aflată sub jurisdicția sa, pare desuetă în conjunctura actuală a globalizării, privatizării și comercializării activităților spațiale și datelor obținute prin teledeteție.

7. Teledetectarea resurselor naturale ale unui stat

Întrucât activitățile de teledetectie permit cunoașterea și descoperirea de resurse naturale ale unui stat observat, de către un alt stat ce posedă o tehnologie avansată care îi permite desfășurarea activităților de teledetectie prin intermediul sateliților artificiali, consecințele ce decurg din aceste operațiuni pot influența, în egală măsură, și relațiile internaționale, în ansamblul lor.

Teledetectia prin satelit, în principiu, este manifestarea progresului tehnologic care, este benefic pentru întreaga comunitate internațională.

Am evidențiat totodată, în secțiunile anterioare, importanța și necesitatea cooperării statelor în domeniul tehnologiilor înalte, în ceea ce privește dezvoltarea economiei statelor, a cunoașterii culturii popoarelor.

De asemenea, în prezenta lucrare, am analizat și dubla funcționalitate a sateliților artificiali, în sensul utilizării lor atât în domeniul civil, dar și militar.

Această ultimă funcționalitate a condus, în opinia noastră, la divizarea poziției statelor și la curgerea unei perioade îndelungate pentru adoptarea unor reglementări-cadru, care să permită desfășurarea acestor operațiuni sub imperiul unor norme internaționale.

Concepută inițial ca o activitate benefică și utilă de observare a potențialului de resurse naturale ale unui stat, în timp, datele referitoare la acest potențial au constituit și pot reprezenta un fundament al unor tensiuni între state, de esență reprobabilă.

Necesitatea reglementării activităților de teledetectie s-a impus și datorită implicațiilor acestora în ceea ce privește suveranitatea statelor.

Atributul esențial al statului este suveranitatea, care constă în supremația puterii de stat pe plan intern și independența acesteia pe plan extern, față de orice altă putere.

Prerogativele puterii de stat cuprind totalitatea domeniilor de activitate: politic, economic, social etc.

Principiul suveranității se manifestă și în dreptul statelor de a exercita prerogativele statale asupra resurselor naturale și a obligațiilor naționale în interesul propriei lui dezvoltări.

Dreptul suveran asupra resurselor sale naturale, componentă a trăsăturilor esențiale ale suveranității ca principiu fundamental al dreptului internațional, a constituit punctul focal al discuțiilor și dezbaterilor în procesul de adoptare a Rezoluției Adunării Generale a ONU în domeniul teledetectiei prin satelit.

În virtutea suveranității și puterilor exclusive ale statului în ceea ce privește resursele sale naturale, posibilitatea ca un alt stat să dețină, sau să difuzeze informații obținute asupra naturii și existenței acestor resurse, se manifesta ca o imixtiune în treburile interne ale statului observat, împotriva voinței sale, ca rezultat al absenței tehnologiei necesare verificării activității de teledetectie.

Dificultățile în reglementarea activităților de teledetectie a resurselor naturale ale unui stat au constat, pe de o parte, în interesul statelor în curs de dezvoltare de a cunoaște datele asupra resurselor lor, informații ce nu putea fi obținute prin mijloace proprii, dar pe de altă parte, nu se putea neglija incidența politică a cunoașterii, de către alt stat, a potențialului acestor țări. Prin caracterul strategic al datelor obținute cu ajutorul sateliților artificiali, s-a exercitat o presiune, un caracter prohibitiv asupra acceptării unei asemenea tehnologii.

Cu timpul și odată cu evoluția activităților spațiale, s-a demonstrat că activitățile de teledetectie nu înseamnă doar observarea din spațiu a resurselor naturale ale unui stat, ci o multitudine de alte operațiuni, cu implicații asupra tuturor domeniilor vieții internaționale, care profită comunității internaționale.

8. Securitatea statelor și teledetecția

La momentul adoptării setului de Principii referitoare la activitățile de teleobservare a teritoriului statelor, s-a avut în vedere beneficiul comercial al activităților de teledetecție și beneficiile aduse țărilor în care nu aveau posibilitatea plasării în spațiu a acestui tip de sateliți.

Totodată, împărțirea politică a lumii a evidențiat orgoliile celor două mari puteri spațiale care își ocroteau sferile de influență și politicile statale diferite.

Odată încheiat „Războiul Rece”, numărul statelor ce dețin sateliți artificiali a crescut simțitor, prin fabricarea rachetelor balistice.

Importanța producerii și deținerii unui asemenea arsenal militar rezidă din faptul că acest tip de armament parcurge și spațiul aerian, dar și spațiul extraatmosferic, pentru detectarea acestor rachete fiind necesară o tehnologie de detectare și de teledetectare, interceptarea fiind efectuată în zona spațiului extraatmosferic.

Prin urmare, ne aflăm în situația de a analiza aplicabilitatea normelor de drept internațional și de drept cosmic la operațiunile legate de sistemele de rachete destinate pentru apărarea securității naționale.

Principiile acestor sisteme, în spațiul extraatmosferic, se referă la dreptul de autoapărare al statului aflat în pericol. Reglementarea din Tratatul Spațial, cât și din întregul corp normativ din acest domeniu, prevede că activitățile statelor în spațiul cosmic sunt supuse prevederilor normelor de drept internațional, includ sintagma „autoapărarea” teritoriului național.

Din cauza caracteristicilor fizice ale spațiului extraatmosferic, cât și a repercusiunilor în planul responsabilităților în cazul distrugerii rachetelor prin sistemele de autoapărare, în planul dreptului internațional și dreptului cosmic pot surveni aspecte litigioase și greu de soluționat. Astfel, în opinia noastră, prin sistemele spațiale de teledetectare a rachetelor balistice, cât și prin utilizarea sistemelor de apărare de la sol, statul atacat poate distruge, până la obiectiv, acest tip de armament. În situația distrugerii, prin sisteme de autoapărare, a unor rachete lansate în spațiul extraatmosferic, reziduurile acestor arme sau rămân în această zonă⁵⁹, sau în cea orbitală și se transformă în așa-numitele «*space debris*», fragmente extrem de periculoase pentru vehiculele spațiale și observatoarele plasate pe orbita circumterestră. Totodată, deșeurile spațiale pot provoca pagube, în situația în care cad pe teritoriul unor state, care, de multe ori, nu sunt părți în conflict armat. În acest caz, în opinia noastră, se aplică principiile și reglementările privitoare la responsabilitatea statelor.

Referitor la acest aspect, Curtea Internațională de Justiție, fiind sesizată, în 1996, cu o cerere privitoare la utilizarea armelor nucleare, nu a putut decide legitimitatea folosirii lor când existența statelor este în pericol.

În domeniul spațial, reglementările internaționale nu pot acoperi, în practică, multitudinea aspectelor juridice ce pot apărea în desfășurarea activităților specifice. De asemenea, am văzut implicațiile întregului ansamblu de activități spațiale, care, de multe ori, nu pot fi prefigurate în sensul consecințelor asupra statelor, a siguranței și securității naționale, chiar și asupra cetățenilor, ca indivizi.

Importanța teledetecției este de necontestat în privința detectării traiectoriei armelor folosite ca auto-apărare, deși acestea pot fi utilizate și ca măsuri militare în situații de conflicte armate.

Interdependența dintre CARTA ONU, care prevalează în dreptul internațional față de orice alt tratat încheiat între membrii Națiunilor Unite și acordurile și tratatele încheiate în domeniul spațial, inclusiv în cel al teledetecției prin satelit, de multe ori, în practică, este greu de interpretat. Acest fapt rezultă din avansul înregistrat în tehnologia spațială, care depășește reglementările internaționale, lăsând un vid juridic greu de acoperit.

9. Teledetecția prin satelit și dezarmarea

În strânsă legătură cu apărarea securității teritoriale este și dezarmarea ca principiu ce guvernează relațiile internaționale.

Sub acest aspect, este necesară o succintă prezentare a relației dintre datele obținute prin teledetecție și controlul internațional asupra dezarmării. O propunere a fost făcută la Națiunile Unite pentru înființarea unei Agenții Internaționale de Monitorizare a Sateliților, agenție care să folosească sateliții de observare în activitatea de supraveghere a conformității cu acordurile de control al procedurii armamentului. Această propunere însă nu s-a concretizat, din pricina faptului că era greu de presupus ca o organizație nonguvernamentală, fără resurse financiare suficiente, să poată supraveghea și controla producerea armelor prin prelucrarea datelor obținute cu ajutorul sateliților.

Problematica dezarmării este evidențiată, cu pregnanță, în Declarația Adunării Generale a ONU nr. 34/88 referitoare la cooperarea internațională asupra dezarmării, din 11 noiembrie 1979. În cuprinsul acestei declarații se prevede că guvernele tuturor statelor și în particular, a statelor posesoare de arme nucleare, au responsabilitatea istorică de a elimina războiul din viața popoarelor, prin adoptarea de măsuri efective și decisive în sfera dezarmării.

Unii doctrinari consideră că statele nu respectă recomandările Adunării Generale a ONU, în sensul că relaționează spațiul extraatmosferic cu activitățile militare și folosesc tehnologia ca mijloc de întărire a securității naționale, iar nu internaționale.

Deși, inițial entuziasmul națiunilor față de performanțele științifice ale activităților spațiale, a făcut posibilă încheierea și adoptarea tratatelor și acordurilor internaționale în sensul folosirii pașnice a spațiului cosmic și a sateliților artificiali, ulterior a fost necesară încheierea, în paralel, a unor acte internaționale cu adresabilitate directă în sensul dezarmării spațiului și folosirii pașnice a sateliților.

În domeniul de care ne ocupăm, deși configurația politică a statelor lumii este cu totul alta decât cea din decada 1950 - 1960, mari puteri, în domeniul spațial, rămân încă SUA și Rusia, mai ales în planul „militarizării” spațiului extraatmosferic. Astfel, în textul Declarației Comune a președinților George W. Bush și Vladimir Puțin asupra noilor relații strategice dintre Statele Unite ale Americii și Federația Rusă, din 24 mai 2002, se consemnează că aceste state sunt de acord să implementeze pași importanți în întărirea încrederii și dezvoltării transparenței în planul apărării.

Deschiderea Federației Ruse către comunitatea internațională s-a concretizat și în cadrul COPUOS, când, în anul 1998, guvernul acestui stat s-a hotărât să utilizeze imaginile obținute de sateliții de apărare în scopuri civile.

Considerăm că schimbarea regimului politic al Europei de Est după anul 1990 a avut o influență deosebită asupra domeniului dreptului cosmic, în sensul că fostele state aflate sub puterea de decizie a URSS au avut posibilitatea implementării unor programe spațiale proprii și au aderat la programele organizațiilor interguvernamentale de profil, în acest mod crescând rolul acestor țări în cadrul forumurilor internaționale.

Aspectul ni se pare important pentru că, politic, activitățile spațiale și teledetecția influențează deciziile între puterile spațiale (formate din state sau organizații) și țările în curs de dezvoltare, sau cele subdezvoltate. Statele din prima categorie, având date despre resursele ce există pe teritoriul altor state, își pot căuta mijloace de exploatare exclusivă, iar importanța strategică militară a teledetecției rezidă în faptul că, tehnologia înaltă permite controlul dezarmării, bazelor militare și activităților belicoase ale adversarului.

Deși în domeniul dezarmării s-au încheiat tratate multilaterale, bilaterale, sau au fost adoptate Rezoluții ale Adunării Generale a ONU, în contextul dezvoltării și plasării sateliților de teledetecție în spațiul cosmic, comunitatea internațională este îngrijorată de folosirea acestei

tehnologii de înaltă rezoluție în scopuri militare, fie și sub pretextul „autoapărării” sau „atacului preventiv”, noțiunii îndelung dezbătute în cadru instituțional sau doctrinar. Astfel, în 1972, SUA și URSS au încheiat Tratatul asupra limitării sistemelor de rachete antibalistice (ABM Treaty) care interzice dezvoltarea acestor sisteme pentru apărarea teritoriului național, inclusiv sisteme care folosesc senzori-radar.

Ulterior, în anul 2001, Administrația Bush anunță intenția de retragere din tratat, cu scopul de a produce rachete de apărare a SUA, aliaților și forțelor sale împotriva rachetelor cu rază scurtă, medie sau lungă de acțiune.

În dreptul cosmic, dezarmarea ocupă un spațiu important ca principiu, dar odată cu apariția tehnologiei de teledetecție, opinăm că aceste prevederi existente în tratate necesită o reconsiderare. Astfel, atât timp cât tehnologiile spațiale au o dublă utilizare (civilă și militară) strategiile de apărare ale statelor le vor folosi, de asemenea, în dublu scop.

În prezent, sistemul global de navigație prin satelit nu este ilegal, cât timp nu propagă arme nucleare, dar poate fi catalogat drept armament, dacă oferă date și informații în scop militar.

Prin urmare, prevederile art. IV (1) și (2) din Tratatul spațial din 1967 sunt depășite de nivelul științific și tehnologic actual, ca și prevederile ce constituie corpul normativ al dreptului cosmic.

Totodată, atacurile teroriste de la 11 septembrie 2001 au încurajat desfășurarea plenară a sistemelor de apărare strategică a SUA, prin utilizarea în scop militar și politic a teledetecției prin sateliți.

Dacă, inițial, teledetecția avea ca scop exprimat teleobservarea tuturor resurselor naturale, transformărilor lor, cu rol în procesele productive și economice ale statelor, astăzi teledetecția își suplimentează funcționalitatea prin observarea acțiunilor statelor bănuite a constitui un pericol pentru comunitatea internațională.

În cadrul Adunărilor Generale a ONU, tot mai multe state solicită reafirmarea scopurilor pașnice în dezvoltarea sistemelor deturnării acestor scopuri spre obiective militare și de hegemonie.

În anul 1993, la Conferința asupra dezarmării de la Geneva, s-au pus bazele pentru negocierea unui tratat care să prevadă modalitățile concrete de control al dezarmării, având în vedere conjunctura internațională actuală. În acest sens, SUA a prezentat un proiect de tratat pentru interzicerea producerii uraniului îmbogățit în condițiile în care 95% din uraniu se află în posesia acestui stat și a Rusiei.

Propunerea delegației SUA nu a făcut nicio referire la resursele deja acumulate de uraniu și nu s-a stabilit un sistem de verificare, deși viitorul tratat trebuia să fie „nediscriminatoriu, multilateral, internațional și efectiv verificabil”.

Guvernele unor state au cerut inițierea de negocieri pentru eliminarea arsenalelor nucleare existente, în timp ce alte delegații s-au opus, în funcție de resursele pe care le dețin și interesele naționale.

În ceea ce privește SUA, aceasta a specificat că tratatul poate fi verificat prin mijloace naționale de verificare, precum spionajul sau teledetecția prin satelit.

Importanța temei rezidă din utilizarea uraniului îmbogățit, care este necesar atât la asigurarea funcționării centralelor nucleare, dar și la fabricarea armamentului nuclear.

Această din urmă utilizare prezintă un pericol pentru omenire, de aceea literatura de specialitate denumesc activitățile din spațiul cosmic „ultra hazardous activities”, deoarece, prin intermediul vehiculelor spațiale se poate transporta acest material.

Fabricarea uraniului îmbogățit, o temă de vie actualitate este, în principiu benefică, întrucât state în curs de dezvoltare au posibilități tehnologice pentru această producție, în scopuri pașnice și folositoare economiei naționale. Alte state, ca India, Israel și Pakistan deja au asemenea producții,

dar aceste țări se află „la marginea” Tratatului asupra neproliferării armelor nucleare, pentru dezvoltarea și mărirea arsenalului, nuclear, dar și pentru producerea de energie, folosită în scop pașnic.

Statele prezente la Conferința de la Geneva nu au ajuns la niciun rezultat, nereușind să se pună de acord în nicio privință.

O importanță deosebită pentru dezvoltarea relațiilor EST-VEST în Europa o are Consiliul NATO-RUSIA, în cadrul căreia Statele Unite ale Americii și Rusia vor explora oportunitățile pentru intensificarea dezarmării.

Preocuparea pentru utilizarea datelor oferite de teledetecție pentru monitorizarea acordurilor internaționale privitoare la controlul armamentelor s-a evidențiat și în cadrul Națiunilor Unite și Departamentului pentru Problemele Spațiului Cosmic. Aceste organisme rămân încă unicele instituții viabile care promovează colaborarea în domeniul activităților spațiale, inclusiv al teledetecției, prin natura și vocația universală a unei entități ce încă are un cuvânt greu de spus în societatea internațională.

10. Cooperarea statelor în cadrul programelor de teledetecție prin satelit

10.1. Programe ONU în teledetecție

Teledetecția s-a bucurat de o largă aprobare în sânul organizațiilor științifice și guvernelor naționale, ca un mijloc fundamental pentru dezvoltarea societății umane și creșterea economică a acesteia.

Aplicațiile derivate din analiza datelor teledetecției răspund necesităților comunităților și guvernelor în domeniul mediului înconjurător, social, economic, tehnologic, regional și de ordine teritorială.

Organigrama forumurilor internaționale pentru teledetecție prezintă ansamblul de grupuri, comisii, programe și sisteme prin care ONU a concretizat directivele sale în politicile pentru teledetecție. Astfel, politica ONU în domeniu a fost sistematizată în politici derivate din activitățile asupra observării Pământului, politici concretizate în Programul GEO (Grupul de Observare a Pământului) și GEOSS (Sistemul Sistemelor Grupului de Observare a Pământului). Un alt tip de activitate a fost conferită, de către COPUOS, PSA (Programul de Aplicații Spațiale al Națiunilor Unite), ca activități ce aparțin Departamentului pentru problematica Spațiului extraatmosferic.

Activitățile ONU în domeniile agriculturii și alimentației, ce folosesc tehnologie spațială s-au desfășurat prin programele GLCN (Rețeaua Globală a Suprafeței Pământului) și GTOS (Sistemul Global pentru Observarea Pământului).

Programul GEO a fost înființat în luna februarie 2005, pentru a efectua implementarea GEOSS, datorită necesității urgente de coordonare a observațiilor referitoare la starea Pământului. În plan politic, activitatea prioritară, teledetecția a fost menționată și la Reuniunea șefilor de stat al G 8 din iunie 2003, din Franța.

Politica prioritară a grupului este producerea unei cât mai largi informări asupra mediului, GEO implementând un plan pe o perioadă de 10 ani, pentru un sistem ce dispune o acoperire completă asupra observării Pământului, sub denumirea de GEOSS.

Planul GEOSS își propune, pentru decada 2005-2014, în colaborare cu comunitatea națiunilor, organizații interguvernamentale, internaționale și regionale, să pună în aplicare liniile esențiale de conducere a sistemelor existente de teledetecție, să încurajeze schimbul de informație și interoperabilitatea.

Programul GEOSS are scopul de a folosi informația spațială în procesele de dezvoltare a societății umane. În acest sens, Programul are rol în: reducerea pierderilor de vieți omenești, în cazul unor dezastruri naturale sau induse de om, înțelegerea modului în care factorii ambientali

afectează sănătatea și bunăstarea omului, îmbunătățirea gestionării resurselor naturale, înțelegerea și adaptarea la schimbările climatice, îmbunătățirea informației asupra climei, pentru pronostic și avertizare, cât și în sprijinirea agriculturii.

Programul Națiunilor Unite de Aplicații Spațiale (PSA) a fost înființat în anul 1971, la recomandarea primei Conferințe a Națiunilor Unite asupra Explorării și Utilizării Pașnice a Spațiului Extraatmosferic, care a avut loc la Viena, în anul 1968.

Mandatul inițial al PSA a fost conștientizarea legislativelor statelor și agențiilor interguvernamentale asupra beneficiilor tehnologiei spațiale (inclusiv a teledetecției) și acordarea de asistență, de către statele industrializate, țărilor în curs de dezvoltare în privința cunoașterii și aplicațiilor acestor tehnologii de înaltă rezoluție.

Programul a organizat, numai între anii 1972-1981, 45 de evenimente (cursuri de pregătire, seminarii și întâlniri), promovând o largă cooperare în știința spațială, între state cu economie diferită.

Printre acțiunile cele mai recente ale Programului, sunt cele de stabilire a unor centre regionale pentru Educație, Știință și Tehnologie spațială, afiliate Națiunilor Unite.

De asemenea, o agenție specializată a Națiunilor Unite, FAO, realizează activități în legătură cu eradicarea foametei și folosește sistemele de informație geografice oferite de teledetecție în beneficiul tuturor țărilor, atât dezvoltate economic, cât și în curs de dezvoltare, sau slab dezvoltate.

În anul 2002, FAO și Programul de Mediu al Națiunilor Unite au realizat consultări comune pentru implementarea de strategii referitoare la învelișul Pământului și inițierea unui nou Program (Rețeaua Globală a învelișului Pământului) cu scopul fundamental de a îmbunătăți disponibilitatea informației globale asupra acestei teme.

10.2. Conferințele Națiunilor Unite asupra Explorării Spațiului Extraatmosferic și Teledetecției (UNISPACE)

Odată cu lansarea, în anul 1957, a satelitului sovietic Sputnik I a început frenetica luptă de cucerire a spațiului cosmic, simbolul puterii tehnologice a țărilor celor mai avansate ale momentului.

Din această perspectivă, Națiunile Unite au întreprins o serie de inițiative pentru crearea mecanismelor de reglementare, ce urmau să controleze cuceririle științifice în domeniul spațial.

Sub coordonarea organizației mondiale au avut loc trei conferințe la Viena, forumuri care au analizat și stabilit linii directoare în ceea ce privește utilizarea spațiului extraatmosferic în scopuri pașnice, un cadru de discuție deținând și activitățile ce foloseau sateliți artificiali de teledetecție.

Prima Conferință UNISPACE a avut loc la Viena în anul 1968, imediat după încheierea Acordului-cadru, cunoscut în literatura de specialitate drept Tratatul Spațial din 1967.

Conferința din anul 1968 a analizat stadiul cercetărilor din domeniul spațial, precum și eventualele beneficii oferite țărilor în curs de dezvoltare, sau a statelor care nu dețin tehnologie spațială.

Conferința UNISPACE din 1982 a luat în discuție modalitățile de progres al tehnologiilor spațiale pentru dezvoltarea economică și socială și modul de utilizare a sateliților de teledetecție pentru monitorizarea resurselor statelor și a mediului înconjurător.

Conferința a reflectat interesul crescând pentru utilizarea spațiului cosmic, cât și desfășurarea de programe de cooperare între entitățile ce dezvoltă tehnologiile necesare plasării sateliților artificiali.

Spre deosebire de conferința anterioară UNISPACE II a punctat concret modalitățile de cooperare între state în domeniul spațial, în sensul combinării resurselor în vederea derulării programelor spațiale și măsurile ce se vor asigura de rezultatele activităților spațiale.

De asemenea, în cadrul Conferinței UNISPACE din 1982 s-a concretizat un studiu pentru coordonarea statelor în activitățile de teledetecție, implicând și organizațiile de profil, ca: Organizația Internațională de Telecomunicații prin Satelit (INTELSAT) care operează propriii sateliți și Organizația Mondială de Meteorologie (WMO), care coordonează sateliți naționali sau de meteorologie. Totodată, s-au exprimat și modalitățile financiare de plată a serviciilor prin satelit, servicii ce urmează să diminueze costurile mari ale utilizării și fabricării sateliților de teledetecție, prin exploatarea judicioasă, pe plan regional a stațiilor de la sol.

Studiul a recomandat, totodată, statelor participante, să ia în considerare proiectul Națiunilor Unite care definește sistemele de teledetecție pentru satisfacerea nevoilor statelor în curs de dezvoltare, eventual stabilirea unui consorțiu internațional, care să opereze sateliții de teledetecție. De asemenea, în cuprinsul studiului se regăsesc și alte recomandări în vederea antamării cât mai multor entități în operarea de activități specifice acestui domeniu.

UNISPACE II a cristalizat procesul inițiat în 1968, în sensul reactualizării obiectivului de a consolida regimul juridic al spațiului extraatmosferic și cooperarea internațională în aplicarea tehnologiei spațiale în scop pașnic.

A treia Conferință UNISPACE a avut loc la Viena, în anul 1999. Această Conferință a avut, ca obiective prioritare: promovarea mijloacelor eficiente pentru utilizarea tehnologiei spațiale și acordarea asistenței în soluționarea problemelor de importanță mondială, sau regională, evaluarea capacității statelor în curs de dezvoltare în utilizarea aplicațiilor cercetării spațiale în economie și cultură, oferirea unui for util pentru realizarea unei evaluări critice ale activităților spațiale, activități ce includ, în primul rând, datele prelucrate prin operațiuni de teledetecție.

În cadrul Conferinței, s-a discutat necesitatea revizuirii dreptului cosmic, în sensul transformării unui drept de natură cutumiară, format spontan, prin *opinio juris* a membrilor comunității internaționale, în drept de natură voluntaristă. Astfel, întrucât Națiunile Unite reprezintă aproape toate statele lumii, normele juridice emise în cadrul organizației au atras interesul unei imense majorități. În dreptul cosmic, tehnica de elaborare a reglementărilor internaționale, inclusiv cele din domeniul teledetecției, au permis apariția unui drept mai echilibrat, care a reflectat în ansamblul lor principiile fundamentale prevăzute de Carta ONU.

Conferința UNISPACE I din 1968 a avut ca rezultat studiul și elaborarea tratatelor din domeniul spațial, iar Conferința UNISPACE II din 1982 a inițiat patru seturi de norme complementare la principiile teledetecției prin satelit, televiziunii directe internaționale și la cele privitoare la sursele de energie nucleară.

Ultima Conferință UNISPACE, din 1999, a reunit delegații din industria spațială și ale organizațiilor interguvernamentale din sectorul tehnologiei spațiale, pentru rezolvarea problemelor regionale, sau mondiale, discuțiile fiind purtate și asupra accesibilității la cercetările din acest domeniu.

Important este faptul că acest forum a propus o serie de măsuri concrete de protecție a mediului înconjurător și de administrare a resurselor naturale, prin folosirea tehnologiilor de teledetecție. Totodată, în cadrul conferinței, s-a cerut aplicarea unui sistem mondial de prevenire a dezastrelor naturale, îmbunătățirea programelor educative și infrastructurii de transmitere a informațiilor prin satelit.

O problematică mai amplă s-a prefigurat a fi analizată în cadrul conferințelor de profil. Astfel, s-a concluzionat că o serie de norme de drept cosmic trebuie armonizate și clasificate în contextul evoluției actuale ale relațiilor internaționale. În acest sens, s-a propus analizarea activității private din domeniul spațial, responsabilitatea pentru risc, internațională și pentru cazuri de jurisdicții concurente, neacoperite de dreptul cosmic. În opinia noastră, este necesar studiul privatizării și impactului comercial asupra serviciilor publice din domeniul spațial. De asemenea, dreptul de proprietate intelectuală și transferul de tehnologie necesită o uniformizare globală în

practică, deoarece activitățile spațiale, inclusiv cele de teledetecție, au căpătat valențe multiple, cu implicații nebănuite la momentul adoptării reglementărilor din domeniu.

Importanța sectorului spațial pentru omenire a fost consacrată, în anul 1999, de către Adunarea Generală a ONU, prin declararea Săptămânii Mondiale a Spațiului, între 4 și 10 octombrie. În această săptămână, organizația mondială a stabilit celebrarea, în fiecare an, a imensei contribuții a științei și tehnologiei spațiale la îmbunătățirea condiției umane.

Cu acest prilej, în anul 2004, s-au examinat progresele în aplicarea recomandărilor Conferinței UNISPACE in, din anul 1999.

În aplicarea recomandărilor conferințelor UNISPACE, COPUOS a înființat un Secretariat, cu denumirea de Oficiul pentru Problemele Spațiului Extraatmosferic a Națiunilor Unite, cu sediul la Viena, oficiu care a aplicat Programe Spațiale ce au contribuit la dezvoltarea și pregătirea statelor ce nu dețineau tehnologii specifice.

Oficiul desfășoară și programe în materie de teleobservare pentru proiecte-pilot, programe de capacitate și breșe în domeniul teledetecției, meteorologie via satelit, sau navigație prin satelit.

Centre de dezvoltare a tehnologiilor spațiale, inclusiv în teledetecție s-au înființat și pe plan regional. Astfel, Centrul din Asia și Pacific funcționează din anul 1996, Centrul din Maroc și Nigeria din anul 1999, iar din anul 2003 funcționează Centrul pentru America Latină și Caraibe, în Mexic și Brazilia.

Activitatea Oficiului este susținută de organizații internaționale interguvernamentale și nonguvernamentale de profil tehnic, ca ESA, Federația Astronautică Internațională (FAI), Comitetul pentru Sateliții de teleobservare a Pământului (CEOS) și Comitetul de Cercetări Spațiale (COSPAR).

11. Valoarea normativă a rezoluției Adunării Generale ONU privitoare la activitățile de teledetecție

11.1. Scurt istoric al adoptării principiilor teledetecției prin satelit

În anul 1970, Argentina a propus, la O.N.U., ca reglementarea privind normele și principiile aplicabile teledetecției prin satelit să fie adoptată de Națiunile Unite. Propunerea a condus la emiterea Rezoluției 2733/1970, în care se recomandă ca Subcomitetul Științific al COPUOS să înființeze un grup de lucru având ca obiectiv problematica teledetecției.

Tema a fost inclusă pe agenda Subcomitetului pe data de 12 decembrie 1974, când Adunarea Generală a O.N.U., prin Rezoluția 3234 a cerut Subcomitetului științific să analizeze implicațiile juridice ale teledetecției din spațiul cosmic, având în vedere opiniile statelor privitoare la această temă.

Inițial, demersurile pentru adoptarea principiilor nu s-au efectuat în parametrii ocrotirii securității naționale, ci între statele cu dezvoltare economică diferită, mai precis, între state bogate și sărace.

Ambasadorul Argentinei la Națiunile Unite, Armando Cocca, a precizat că „principalele obiective ale statelor au fost stabilirea principiilor asupra teledetecției resurselor umane și naturale ale țărilor lor și credința că noile tehnologii în domeniu trebuie să contribuie la bunăstarea întregii omeniri, în special la necesitățile și interesele statelor care nu sunt dezvoltate”.

Interesul țărilor slab dezvoltate sau a celor în curs de dezvoltare a fost aducerea în fața unui organism internațional a situației lor, în sensul că doreau instituții care să centralizeze reglementarea în domeniul teledetecției, pentru minimizarea vulnerabilității lor economice.

Specificul activităților de teledetecție implică, însă și aspecte de ordin politic.

Unii autori au analizat implicațiile tehnologiilor de teleobservare asupra economiei statelor și necesitatea ca aceste operațiuni să se desfășoare în conformitate cu principiile fundamentale ale dreptului internațional.

Similar cu dezbaterile asupra altor problematici din dreptul cosmic statele ale O.N.U. au fost divizate în ceea ce privește aspectele fundamentale de drept internațional cu care trebuia să se armonizeze activitatea de teledetecție. Astfel, țările în curs de dezvoltare și-au manifestat îngrijorarea asupra protejării suveranității naționale, considerând că, în cazul teleobservării teritoriului este necesar acordul statului asupra difuzării informațiilor obținute de statul care observă prin teledetecție.

În schimb, statele dezvoltate, precum S.U.A., au fost partizanele liberei utilizări și non-discriminării difuzării informațiilor obținute prin teledetecție. În opinia delegatului american, acordul prealabil al statului observat ar avea numeroase dezavantaje, printre care obstrucționarea cooperării internaționale și ar împiedica asupra beneficiilor activităților de teledetecție în ansamblu.

Îndelungatele negocieri dintre state asupra principiilor teledetecției au condus la diminuarea opoziției dintre punctele de vedere ale statelor datorită destinderii relațiilor internaționale și percepției asupra avantajelor teledetecției. Astfel, țările în curs de dezvoltare au abandonat exigența obținerii acordului statului observat, iar statele posesoare de tehnologie spațială și-au asumat anumite obligații față de cele care nu posedă asemenea tehnologie, dar beneficiază de rezultatele acestei activități spațiale.

Negocierile asupra principiilor teledetecției au avut ca rezultat găsirea unor elemente comune care să satisfacă interesele tuturor statelor.

Prin urmare, s-a convenit ca activitățile de teledetecție să fie reglementate de norme internaționale, în interesul întregii omeniri și, mai ales, al statelor în curs de dezvoltare, maximizarea cooperării internaționale globale și regionale, mai ales pentru protejarea mediului înconjurător. În anul 1976 s-au adăugat încă trei principii directoare, în sensul ca O.N.U. să coordoneze activitățile de teledetecție cu asistență tehnică conexasă, punerea imediată la dispoziția comunității internaționale a datelor referitoare la dezastrele naturale și neutralizarea informațiilor obținute prin teledetecție în detrimentul altor state (principiu iluzoriu în perioada Războiului Rece).

11.2. Valoarea normativă a Rezoluției Adunării Generale a O.N.U. asupra principiilor teledetecției prin satelit

Un text de origine austriacă ce cuprindea problematica principiilor a fost prezentat COPUOS, fiind adoptat de către Adunarea Generală a Națiunilor Unite la 5 decembrie 1986, prin Rezoluția nr. 41/65. Actul a fost adoptat fără vot, prin regula „consensului”.

Principala controversă care survine în ceea ce privește valoarea normativă a Rezoluției nr. 41/65 privitoare la activitățile de teledetecție este, fie încadrarea dispozițiilor acesteia în categoria normelor de jus cogens, sau excluderea acestor reglementări din normele obligatorii ale dreptului internațional.

Majoritatea autorilor consideră că reglementările cuprinse în corpus juris spatialis al dreptului cosmic nu au valoare de jus cogens, ca de altfel toate rezoluțiile Adunării Generale, adoptate prin vot unanim, deoarece nu sunt derivate ale dreptului pozitiv.

Aceste norme consacra un stadiu cutumiar, fiind reguli în formare prin practica internațională, cristalizând factori ideologici existenți la un moment dat.

Alți autori consideră că schimbarea tehnologică care s-a produs în activitățile spațiale a alterat radical și ireversibil toate relațiile procedurilor constitutive ale dreptului internațional. Prin urmare, tehnologiile spațiale și de teledetecție modifică dreptul ginților, afectează suveranitatea statelor și scapă cadrului juridic existent. Dreptul cosmic modern este bazat pe normativitatea anglo-saxonă, dar alimentat de dreptul latin și întregul drept internațional public¹²⁵.

Toate problemele juridice suscitade în domeniul spațial au un caracter esențialmente internațional, deoarece consecințele acestor activități afectează umanitatea. Rezoluțiile Adunării

Generale a O.N.U. nu constituie norme juridice obligatorii pentru că Adunarea Generală nu s-a conceput ca un organ legislativ și în consecință rezoluțiile au valoare de recomandare pentru statele membre.

Principala responsabilitate a Națiunilor Unite este dezvoltarea progresivă a dreptului internațional și codificare acestuia, forumul internațional transformându-se într-un centru de coordonare pentru colaborarea între state și formularea de reguli necesare de drept internațional.

O opinie, mai nuanțată, din literatura de specialitate s-a exprimat încă din anul 1967. Astfel, privitor la valoarea normativă a rezoluțiilor Adunării Generale a O.N.U., (incluzând și rezoluțiile din domeniul teledetecției prin sateliți) s-a analizat caracterul acestor acte, în sensul dacă exprimă norme juridice, sau constituie un act administrativ individual. Raționamentul pornește de la faptul că activitatea organismelor internaționale se manifestă, în principal, prin intermediul rezoluțiilor care sunt „manifestări formale de opinie”, reprezentând un proces deliberativ și decisiv, pentru realizarea finalității acestor organizații. Toate deciziile organizațiilor internaționale se iau în virtutea atribuțiile pe care le conferă instrumentele constitutive. Din această perspectivă, rezoluțiile sunt acte de drept, capabile să producă anumite consecințe juridice, care, uneori, se definesc cu mai mare, sau mai mică claritate în actul constitutiv.

Carta O.N.U. nu cuprinde o definiție juridică a recomandărilor, deși conferă organelor principale ale organizației, facultatea de a emite aceste recomandări și reglementează precis exercițiul acestor atribuții.

Anumite acte ale organizațiilor internaționale pot crea drepturi și obligații pentru anumite state, ca deciziile privitoare la distribuirea cheltuielilor O.N.U. Între membrii săi, sau deciziile dictate de Consiliul de Securitate. În acest sens, aceste decizii trebuie considerate ca metode de crează drept.

Deși deciziile nu au forță obligatorie, acestea obligă în toată puterea cuvântului, iar recomandările trasează scopuri obligatorii, deși lasă libertate membrilor organizației de a găsi mijloace adecvate atingerii acestor obiective.

Din aceste considerente, deciziile contribuie la formarea unor norme cutumiare. Rezoluțiile Adunării Generale a O.N.U. însă, în măsura în care incorporează declarații de principii, au valoare juridică în cazul în care echivalează cu o interpretare a regulilor sau principiilor Cartei, care sunt obligatorii pentru statele membre.

În doctrina dreptului cosmic s-a analizat și diferența dintre rezoluțiile Adunării Generale a O.N.U. și recomandările emise de aceasta. Raționamentul se desfășoară prin axioma că, în ansamblul său, comunitatea internațională recunoaște existența unei ordini juridice din care derivă drepturi și obligații statale.

Rezoluția are înțeles de ordin, invitație sau reprezintă o formă hibridă. În cuprinsul rezoluțiilor se tratează chestiuni eminamente politice sau tehnice. Prin urmare, rezoluțiile au caracter legislativ, enunță norme juridice, putând să constituie un act administrativ individual; totodată, rezoluțiile au caracter de legitimitate într-un mecanism de decizie, care pune în joc o reprezentare, prin sistemul de vot unanim, sau majoritar.

Deși argumentația pare a fi în beneficiul forței obligatorii a rezoluțiilor, prin caracterul lor legislativ, totuși se concluzionează că natura acestor acte ar fi imprecisă și eterogenă.

Prin comparație, recomandările emise de Adunarea Generală a O.N.U. au o valoare juridică „de nuanță morală și politică, permisibilitatea fiind foarte largă în îndeplinirea lor”, ceea ce se traduce printr-o „invitație”.

Alți autori consideră valoarea normativă a rezoluțiilor între „obicei” și „convenție”.

În domeniul dreptului cosmic, utilizând argumentele expuse în doctrină, considerăm că normele cuprinse în rezoluțiile ce reglementează activitățile spațiale, inclusiv cele de teledetecție prin satelit sunt norme de *jus cogens*, deci obligatorii pentru statele-membre.

În acest sens s-au exprimat și alți autori, care au relaționat dreptul cosmic cu dreptul dezvoltării, căci tehnologia din acest domeniu se utilizează ca instrument pentru depășirea diferențelor dintre oameni, dezideratul fiind inclus în principiile fundamentale ale dreptului internațional.

Un alt argument, convingător în opinia noastră, prin care se recunoaște valoarea juridică obligatorie a rezoluțiilor Adunării Generale a O.N.U. care interpretează regulile sau principiile din cartă, este faptul că aceste acte, prin aplicarea lor, se aplică însuși tratatul de constituire a organizației, a cartei, din care rezultă puterile organelor în adoptarea acestor rezoluții.

12. Teledetecția prin satelit și fenomenul de „soft law”

Dreptul internațional și-a amplificat câmpul de aplicare asupra altor domenii, cum este cel al activităților spațiale, în care se include și teledetecția prin sateliți.

În doctrină, noțiunea de „soft law” a fost introdusă de lordul McNair, pentru a distinge între *lege lata* și *lege ferenda*.

Prin normele de soft law se enunță principii abstracte, prezente în ordinea juridică, dar care devin operative prin aplicarea judiciară.

Unii autori enumera accepțiunile noțiunii de soft law ca fiind: norme care se găsesc în procesul de formare și nu au valoare juridică, norme juridice cu conținut difuz sau vag, sau normele cu din Rezoluțiile Adunării Generale a O.N.U. care formează „o ordine juridică intermediară”.

Dezvoltarea fenomenului de soft law se explică prin structura societății internaționale, prin noțiuni politice și ideologice.

Fenomenul a survenit după anul 1960, ca răspuns la teoriile motivate de noua ordine economică internațională, de revizuirea teoriei tradiționale a izvoarelor dreptului internațional și de rolul crescând al rezoluțiilor organismelor internaționale.

Fenomenul de soft law este considerat, de unii doctrinari ca având efecte negative, deoarece tinde la formarea unei normativități relative și riscante pentru dreptul internațional. Acesta semnifică o excesivă varietate în normativitatea internațională, presupune „nerecunoașterea propriei ordini internaționale, ca drept de cooperare între entități suverane¹⁴⁷”.

Soft law este considerat ca fiind un produs ideologic propice pentru cei care pretind să confere obligativitate anumitor rezoluții ale Adunării Generale a O.N.U., un tip de normă blândă, neriguroasă, maleabilă.

Aceste norme nu generează obligativitate, de aceea, neîndeplinirea lor nu provoacă reacții sau respingere din partea ordinii juridice internaționale „lăsând în mâinile destinatarilor o marjă amplă de apreciere în ceea ce privește respectarea lor, tară a viola dreptul internațional.

Un alt argument pentru excluderea soft law din cadrul normelor obligatorii este faptul că statele trebuie să ratifice sau să adopte prin legislația națională acest tip de norme pentru ca ele să capete caracter de obligativitate. Astfel, se detașează numai generalitatea acestui fenomen, ce prefigurează crearea de norme juridice ulterioare.

Natura juridică a *soft law* este definită de specialiștii în domeniu ca fiind un drept programatic, bazat pe principii etice, o tehnică normativă favorabilă unificării ce generează, în anumite foruri, codificarea internațională. În același registru de apreciere se situează și opinia altor autori, care consideră soft law ca o tehnică juridică în fază descriptivă, un ansamblu de reguli ce conduc relația „normei” sau „sistemului de reguli tehnice” ce determină elaborarea practică a dreptului. Un alt sector al doctrinei consideră „soft law” un drept spontan, care izvorăște din uzanțele și cutumele operatorilor juridici și cuprinde un ansamblu de „acte legi - cadru, recomandări, rezoluții”, sau un ansamblu de reguli izvorâte din lucrările participanților din contextul internațional.

În cadrul analizei privitoare la valoarea normativă a Rezoluțiilor Adunării Generale a O.N.U. în general și a declarațiilor și Rezoluției asupra principiilor teledetecției, specialiștii s-au referit și la instituția cutumei internaționale.

În dreptul internațional clasic, obiceiul este definit ca un proces bazat pe principiul efectivității. Acesta cuprinde un element obiectiv, material (practica statelor) și un element subiectiv (*opinio juris vel necessitatis*).

Opinio juris este un concept controversat, cu origini în secolul al XIX-lea și dezvoltat de școala istorică germană, constând în „convingerea subiectelor care urmează o practică, de a o considera ca normă juridică, ca și cum ar fi obligatorie.

Această definiție este cuprinsă parțial în art. 38 paragraf 1 al Statutului Tribunalului de la Haga. Rezoluțiile Adunării Generale, neavând forță obligatorie pentru statele membre, nu conțin altceva decât elemente de apreciere la dezvoltarea dreptului cutumiar, în anumite condiții care exclud adoptarea acestor acte prin consens sau vot majoritar, ceea ce le conferă un caracter normativ.

Alți autori precizează că numai Declarațiile Adunării Generale a O.N.U. nu au valoarea normativă ca tratatele, servind numai pentru stabilirea unei practici care poate forma izvorul unui obicei internațional, cu o valoarea normativă „de mai mare greutate”.

Deoarece dreptul cosmic, cuprinzând un întreg ansamblu normativ nu s-a adaptat la situația internațională actuală, controversele asupra valorii juridice a rezoluțiilor în materia activităților spațiale se mențin la parametri înalți.

În ultima vreme, se înclină totuși către opinia, conform căreia, normele care reglementează activitățile de teledetecție să fie considerate norme obligatorii pentru statele membre. În sprijinul acestui punct de vedere se aduc ca argument prevederile Rezoluției Adunării Generale a O.N.U. nr. 62/217 din 21 decembrie 2007, asupra Cooperării internaționale pentru utilizarea spațiului extraatmosferic în scopuri pașnice.

În acest sens, Adunarea Generală cere insistent ca statele, care deși nu sunt părți la tratatele internaționale care guvernează în vedere posibilitatea de a le ratifica, sau de a adera la ele, în conformitate cu dreptul lor intern (ca, de exemplu, să le încorporeze în legislația națională).

Referințe bibliografice**Tratate, cursuri universitare, monografii**

1. Dumitra Popescu, Adrian Năstase, *Drept Internațional Public*, ediție revăzută și adăugită (București, Casa de Editură și Presă „Șansa” SRL, București, 1997)
2. Raluca Miga-Beșteliu, *Drept Internațional. Introducere în dreptul internațional public* (București, Editura All, 1997)
3. World Encyclopedia - Oxford University Press
4. A. Monjes, *Actividades de Teledeteccion espacial en Argentina* (Universidad Nacional de Catamarca)
5. Ricky J. Lee, *The Jus Ad Bellum in Outer Space* (Sydney, Australia, 2002)
6. Elma del Carmen Trejo Garcia, Margarita Alvarez Moreno, *Analisis de la Politica Nacional de los Estados Unidos de America en Materia del Espacio Ultraterrestre* (Mexico, 2006, conform www.diputados.gob.nix.)
7. Charles Rousseau, *Droit international public* (Paris, 1970)
8. CA. Colliard, *Les principes reggisant la teledetection spațiale* (A.F.D.I., 1986)
9. L. Diquel, *Les Effets des resolutions des Nations Unies* (Paris, 1967)
10. M.G. Marcoff, *Sources du droit internațional del'espace* (R.C.A.D.I., 1980)
11. Fernandez Tomas Antonio, *Derecho Internacional Publico*, (Valencia, Tirant ia Blanch, 2001)
12. Michel Vilary, *Fuentes del Derecho Internacional Publico* (Mexico, 1985)
13. Raimundo Gonzalez Aninat, *El derecho del espacio y la Cooperacion Internacional*
14. Julio Barberis, *Los actos juridicos unilaterales comofuente del derecho internacional publico. Hacia un nuevo orden internacional* (Tecnos, Madrid, 1993)
15. Julio Barberis, *Formacion del Derecho Internacional*, Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1990
16. Elayne Higgleton, *The Chambers Dictionary* (Great Britain, 1998)
17. Gutierrez Espada, *Derecho Internacional Publico* (Editorial Trotta, Madrid, 1995)

Articole, studii de specialitate**Articole în reviste tipărite**

1. Jose Humberto, Cairo Villalobos, *La tercera conferencia de las Naciones Unidas sobre el espacio ultraterrestre y el derecho*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, nr. 1 (2001), pp. 98-119
2. Benko Marietta & Schrogl K.U., *Space Law at Unispace III and Beyond*, International Institute of Spatial Law (1997)
3. E. Ambroseti, *The relevance of retnote sensing to third world economic development: same legal and political aspects*, New York University Journal of International Law and Politics, nr. 5, vol. 12 (1980), pp. 569 si urm.
4. C.Q. Christal, *Remote Sensing and International Law*, Annals Air and Space Law, vol. V (1980)
5. J. Logsdon, T. Monk, *Remote Sensing form Space: A continuing Legal and Policy Issue*, Annals Air and Space Law, vol. VIII (1983)
6. Jorge Castaneda, *Valor juridico de las resoluciones de las Naciones Unidas*, R.C.A.D.I., vol. 129 (1970), pp. 205-332
7. Rafael Garcia del Poyo, *Derecho especial*, Revista de Aeronautica, octombrie 2007, nr. 767
8. Mauricio Ivan del Toro Huerta, *El fenomeno de soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, nr. 6 (2006), pp. 513-549

9. Prosper Weill, *Towards Relative Normativity in International Law*, American Journal of International Law (1983)

Articole în reviste electronice

1. Jorge Gutiérrez del Olmo, Miguel-Victoriano Moreno Burgos, *Pasado presente y futuro de la teledeteccion de alta resolucion. El satellite Ikonos* (II Conferencia sobre Sistemas de Informacion Territorial, Pamplona, 8-10.11.2000, <http://ww2.pcypsitna.navarra.es/C4/Territorial%202000/Document%20Library/INDICE%20DE%20COMUNICACIONES.htm>)
2. Johanna Catena, *Acquisition of Space Weapons, the legal, political and military impact for internațional peace and security* (Proceedings of the Forty-fifth Colloquium on the Law of Outer Space, 10 October–19 October 2002, Houston, Texas)
3. Y. Takaya, *GNSS For military uses or preaceful uses?* (34th COSPAR Scientific Assembly, The Second World Space Congress, held 10-19 October, 2002 in Houston, Texas)
4. John M. Logston, *What weapon is in outer space already* (Space Policy Institute, „George Washington” University, Summer session. Program 2002 of International Space University)
5. Ruth Gal, *Los satelites, las naves espaciales y nosotros* (<http://omega.i/ce.edu.mx>)
6. Russell D. Hoffman, *Cassini and the United Nations Outer Space Treaty*, 1997 (www.animatedsoftware.com)
7. Miguel Marin Bosch, *Material Fusil*, 2006 (www.jornada.unam.mx)
8. *Instrumentos internacionale para el uso pacifico del espacio ultraterrestre* (www.cinu.org.mx/temas/Derint/espacios.htm.)
9. N. Jasentuliyana și R. Chipman, *International Space Programmes and Policies* (Proceedings of the Second United Nations Conference of Outer Space, Vienna, august 1982, North-Holland, 1984)
10. Roberto Ago, *La Codification du droit internațional et les probl&mes de sa rialisation* (www.un.org/events/unispace)
11. Ernesto Rodriguez Medina, *Nuestro derecho al espacio. La orbita geostacionaria de unafrustrada regulacion?* (www.juridicas.unam.mx)
12. Maria del Pilar Hernandez, *Obligatoriedad de las resoluciones de la organizacion de las Naciones Unidas en el derecho nacional* (www.juridicas.unam.mx)
13. Aida Nobilia, *Lasfuentes delDrecho informatico* (2003, www.alfa.redi.org)
14. Jorge Ulises Caramona Tinaco, *Panorama y propuestas sobre la aplicabilidad de los derecho fundamentaïes de los grupos en situacion vulnerable* (www.bibliojuridica.org)

Surse online. Site-uri

1. www.spacelaw.com.
2. <http://coello.ujen.es/Asignaturas/teledeteccion/html>.
3. www.um.es/geograf/sigmur/teleder/intro/pdf.
4. www.editorial.unca.edu.ar
5. www.unoosa.org
6. www.cce.gov.co
7. www.epa.gov/geoss
8. <http://www.glen.org>.
9. www.cinu.org.mx/temas/Derint/espacio.htm.
10. www.un.org/events/unispace
11. www.igac.gov.co
12. <http://books.google.ro>.
13. www.scielo.org.ve.
14. www.unoosa.org.

A COMPARATIVE STUDY ON THE PRINCIPLE OF CELERITY IN ROMANIA AND THE UNITED STATES OF AMERICA

Steven BECKER*
Enikö DAMASCHIN**

Abstract

This study deals with one of the most important fundamental rules of criminal trial, both in the United States of America and in Romania, namely the right of the person accused of committing a crime to have a trial within a reasonable time. As regards the legal system of the United States of America, the author approached the issue from the perspective of the Constitution of the United States of America, respectively reviewing the legislative system of the State of Illinois. The presentation of the case law in this field had an important role in this review. As regards the legal system of Romania, the efforts to amend the legislation in order to ensure a reasonable time for carrying out the criminal proceedings are obvious even if sometimes, in this way, the applicability of other fundamental principles, such as the principle of finding out the truth, is restricted. The differences existing between the two penal legal systems are also obvious, after reading this study.

Keywords: *principle of celerity, right to a speedy trial, criminal trial in the United States of America, criminal trial in Romania, comparative law*

Introduction

Celerity of criminal proceedings is widely understood involves both the speedy resolution of criminal cases and the simplified criminal proceedings, when appropriate. Celerity also requires the pursuit of activities by the prosecution which has the most effective ways of managing evidence. There is no doubt that the celerity of prosecution (feature, in fact, common throughout the criminal proceedings), although not specifically consancted as a basic rule, is absolutely necessary, as being foreshadowed in a number of regulations of the Code of Criminal Procedure.

Indissolubly linked to the principle of celerity (or the right to a speedy trial) is the concept of reasonable time for conducting criminal proceedings. In this respect, the slow progress of criminal cases violates the right of litigants to a reasonable time, a component of fair trial. The issue in question does not characterize particularly the national judiciary, is a real problem of great majority of national procedural systems, striking aspect that emerges from the deployment of a number of national and international research programs devoted to the study of the causes concerning the reasonable length of criminal proceedings¹.

In this study, our goal is to realise a brief review of the regulations concerning the principle of celerity in criminal trials, both in the United States of America and in Romania.

* Assistant Appellate Defender, Adjunct Professor of Law, College of Law, DePaul University, Chicago, Illinois, USA, Chief Editor of International Review of Penal Law (e-mail: StevenMrB@aol.com).

** Legal adviser, Ministry of Administration and Interior, Romania (e-mail: eniko.damaschin@gmail.com).

¹ J. Turot, *Le délai d'appel reconnu à l'État méconnaît-il l'égalité des armes?*, in La Semaine Juridique-Edition générale, nr. 48/26.11.2008, LexisNexis Database; F. Edel, *La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 2^e édition, Strasbourg, 2007, 101 p.; Y. Struillou, *La condamnation de l'Etat pour délai excessif de jugement*, Revue française de droit administrative, no. 2/2006, pp. 299-304; S. Wolf, *Trial within a reasonable time: the recent reforms of the Italian justice system in response to conflict with Article 6(1) of the ECHR*, European Public Law, vol. 9, no. 2/2003, pp. 189-209.

I. STANDARDS ESTABLISHED IN THE LEGAL SYSTEM OF USA

1.1 Preliminary

This section presents an overview of the right to a speedy trial for criminal defendants in the United States. A review of the approach taken in the U.S. common law system is significant from a comparative perspective because it highlights the marked differences in the manner in which such rights are protected in the Romanian legal system. The author will address the guarantee to a speedy trial from both the constitutional and statutory perspective, exploring the nature of the constitutional right under the federal constitution and then addressing the statutory protections using the law as set forth in the State of Illinois, which is illustrative of the general approach taken in most states. The author is an appellate practitioner in Illinois and has successfully litigated before the Illinois Supreme Court the first case in Illinois history defining the term “custody” for purposes of Illinois’ Speedy Trial Act.²

1.2 Constitutional Right to a Speedy Trial in the United States

The Sixth Amendment to the United States Constitution provides, in pertinent part, that “[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial”³ The Illinois Constitution guarantees the right to a speedy trial in almost identical terms: “In criminal prosecutions, the accused shall have the right to . . . have a speedy public trial”⁴

In *Barker v. Wingo*,⁵ the United States Supreme Court gave a comprehensive overview of the constitutional right to a speedy trial. The Court noted that “the right to a speedy trial is as fundamental as any of the rights secured by the Sixth Amendment,”⁶ however, the Court also remarked that the speedy trial guarantee is “generically different” from any other rights protected by the U.S. Constitution both because there is a societal interest in an expeditious trial that is different from the concerns of the accused and because the deprivation of the right to a speedy trial may, in certain circumstances, actually work to the advantage of the defendant.⁷

As to the former interests, the Court stated that, from the societal perspective, where courts fail to provide for prompt resolution of criminal cases, court dockets become backlogged and prisons become overcrowded, thereby enabling defendants to secure better offers in the event that they plead guilty.⁸ Furthermore, where defendants are released on bond for extended periods of time, it is more likely that they will commit additional crimes.⁹ On the other hand, where a defendant is unable to make bail, he is subject to lengthy incarceration in local jails, which are often maintained in a deplorable state, thereby subjecting the accused to the risks of prison

² The case, *People v. Campa*, 217 Ill. 2d (Illinois Reports 2d) 243, 840 N.E.2d (North Eastern Reporter 2d) 1157 (2005), will be detailed below in the section addressing statutory speedy trial rights. The author inherited the case from attorney Kimberly A. Jansen, who originally handled the case on appeal. Ms. Jansen is now Senior Counsel at Hinshaw & Culbertson, LLP in Chicago, Illinois.

³ U.S. Constitution, amendment VI.

⁴ Illinois Constitution, article I, § 8.

⁵ 407 U.S. (United States Reports) 514 (1972).

⁶ *Barker*, 407 U.S. at 516 n.2.

⁷ *Id.* at 519-21.

⁸ *Id.* at 519.

⁹ *Id.*

violence, rape, and other health and psychological dangers.¹⁰ Moreover, lengthy pretrial detention decreases the possibility of rehabilitation and increases the costs to the public.¹¹

With respect to the potential benefit that may accrue to the accused where a trial is not commenced in a timely manner, the Court pointed out that if prosecution witnesses are later unavailable, due to death or other factors, or their memories fade, the State's case may be irreparably damaged.¹² In fact, for this very reason, the defense may attempt to delay the commencement of the trial.¹³ Thus, a delay may not be prejudicial *per se*.¹⁴

In short, because the constitutional right to a speedy trial "is a more vague concept than other procedural rights," the Court rejected both the approach that a defendant must be brought to trial within a specified period of time and the "demand" rule, *viz.*, that if a defendant fails to assert his right to a speedy trial by a formal demand, he forfeits his right to a speedy trial.¹⁵ "We, therefore, reject both of the inflexible approaches – the fixed-time period because it goes further than the Constitution requires; the demand-waiver rule because it is insensitive to a right which we have deemed fundamental."¹⁶

Instead, the Court accepted a balancing test, for which it proposed four factors: (1) the length of delay; (2) the reasons for the delay; (3) the defendant's invocation of his right; and (4) the resulting prejudice.¹⁷ As to the length of the delay, the Court identified this as, in essence, a "triggering factor." Thus, "until there is some delay which is presumptively prejudicial, there is no necessity for inquiry into the other factors"¹⁸ Subsequent jurisprudence has determined that any delay in excess of one year is considered presumptively prejudicial.¹⁹

With respect to the second factor, *i.e.*, the government's reason for delay, the Court pronounced that "[a] deliberate attempt to delay the trial in order to hamper the defense should be weighted heavily against the government. A more neutral reason such as negligence or overcrowded courts should be weighted less heavily" but, nevertheless, should be weighted against the government because the State bears the responsibility of bringing the defendant to trial.²⁰ The third factor will be dependent upon whether the defendant makes a demand for his speedy trial rights.²¹

The fourth factor to consider in the constitutional analysis is the prejudice to the defendant. In *Barker*, the Court identified three specific interests that the speedy trial guarantee was designed to protect: (1) "to prevent oppressive pretrial incarceration"; (2) "to minimize anxiety and concern of the accused;" and (3) "to limit the possibility that the defense will be impaired."²² The final factor, according to the Court, is the most serious "because the inability of a defendant adequately to prepare his case skews the fairness of the entire system."²³ Such prejudice can come in the form of defense witnesses who die or disappear, the loss of memory of witnesses who are available, and in the inability of a defendant who is in jail awaiting trial to assist in the preparation of his

¹⁰ *Id.* at 520.

¹¹ *Id.* at 520-21.

¹² *Id.* at 521.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.* at 522-29.

¹⁶ *Id.* at 529-30.

¹⁷ *Id.* at 530.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *People v. Silver*, 376 Ill. App. 3d (Illinois Appellate Court Reports 3d) 780, 877 N.E.2d 96, 100 (2d Dist. 2007).

²⁰ *Barker*, 407 U.S. at 531.

²¹ *Id.* at 531-32.

²² *Id.* at 532.

²³ *Id.*

defense.²⁴ Moreover, even where a defendant is not incarcerated pretrial, “he is still disadvantaged by restraints on his liberty and by living under a cloud of anxiety, suspicion, and often hostility.”²⁵

In sum, the Court ruled that each case must be assessed on an *ad hoc* basis and that none of the four factors should be regarded as “either a necessary or sufficient condition for the finding of a deprivation of the right to a speedy trial.”²⁶ The remedy for a violation of the constitutional right to a speedy trial is discharge, meaning a dismissal of all the charges.²⁷

The following two cases decided by the Illinois courts illustrate the differing outcomes that can result from the application of the four-factor analysis enunciated in *Barker* for alleged constitutional speedy trial violations. For example, in *People v. Silver*,²⁸ the court ruled that the defendant established a transgression of his speedy trial right under the United States and Illinois constitutions. In *Silver*, the delay in bringing Silver to trial was almost three years; thus, the delay was presumptively prejudicial.²⁹ One of the major disputes in the case arose over whether the defendant was responsible for the delay in the commencement of his trial because he moved to the State of California prior to the issuance of the indictment charging him with the possession of child pornography. The appellate court, however, held that the delay could not be imputed to the defendant, who had lived openly in California, where the police had knowledge of his address in California.³⁰ Accordingly, the court ruled that this factor weighed against the State.³¹ With respect to Silver’s assertion of his right to a speedy trial, the State argued that this factor must be assessed against the defendant because he never demanded trial while he was in California.³² Yet, the reviewing court ruled the opposite, holding that “Silver was unaware of the indictments and that he surrendered and asserted his right to a speedy trial immediately upon learning of them.”³³ Lastly, because of the excessive and unjustifiable delay in this case, the court held that the defendant was not required to make “an affirmative showing of prejudice.”³⁴ Thus, the appellate court ruled that the defendant’s constitutional right to a speedy trial was violated.³⁵

In contrast to *Silver*, in *People v. Kaczmarek*,³⁶ the Illinois Supreme Court held that the defendant’s constitutional speedy trial rights were not violated. In *Kaczmarek*, the delay in bringing the defendant to a retrial after his case was remanded for a new trial was more than three years, thus triggering an assessment of the other *Barker* factors.³⁷ In assessing the reason for the delay, the Court found that, with the exception of approximately three months, the defendant’s attorneys were responsible for most of the delays, which delay is attributable to the defendant himself.³⁸ Thirdly, although the defendant individually asserted his speedy trial rights on a number of occasions, he never discharged his attorneys, who were not prepared to go to trial, nor did he

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.* at 532-33.

²⁶ *Id.* at 533.

²⁷ *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434, 440 (1973).

²⁸ 376 Ill. App. 3d 780, 877 N.E.2d 96 (2d Dist. 2007).

²⁹ *Silver*, 877 N.E.2d at 100.

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

³² *Id.* at 101.

³³ *Id.*

³⁴ *Id.* at 101-02.

³⁵ *Id.* at 102.

³⁶ 207 Ill. 2d 288, 798 N.E.2d 713 (2003).

³⁷ *Kaczmarek*, 798 N.E.2d at 718.

³⁸ *Id.* at 718-19.

elect to proceed *pro se*.³⁹ Finally, the defendant was unable to point to any specific instance of prejudice.⁴⁰

1.3 Statutory Right to a Speedy Trial Under Illinois Law

Initially, it should be pointed out that, although addressing similar concerns, constitutional and statutory speedy trial rights are not coextensive.⁴¹ For example, a defendant asserting a constitutional speedy trial violation must demonstrate that he is entitled to relief under the four factors set forth in *Barker*, including that his ability to present a defense has been prejudiced by the delay.⁴² On the other hand, under the statutory provisions, a defendant need only prove that he was not brought to trial within the period prescribed by statute and that the delay was not attributable to his or his attorney's conduct.⁴³ Thus, asserting a statutory violation often leads to a much greater chance of success. Accordingly, the statutory provisions operate "to prevent the constitutional issue from arising except in cases involving prolonged delay, or novel issues."⁴⁴

Under the statutory scheme, it is the duty of the State to bring the defendant to trial within the prescribed period.⁴⁵ It is the defendant's burden, however, to affirmatively establish that delay was not attributable to his conduct or that of his counsel.⁴⁶ Moreover, any delay occasioned by the defendant "shall temporarily suspend for the time of the delay the period within which a person shall be tried . . . and on the day of expiration of the delay the said period shall continue at the point at which it was suspended."⁴⁷ Where the State fails to bring the defendant to trial within the statutory time period, he "shall be discharged from custody or released from the obligations of his bail or recognizance."⁴⁸

In Illinois, there are three different statutory provisions that relate to the right to a speedy trial. The first statute is section 103-5(a) of the Illinois Code of Criminal Procedure,⁴⁹ which requires that a defendant in custody be brought to trial within 120 days. The second provision is section 103-5(b) of the Illinois Code of Criminal Procedure,⁵⁰ which requires that a defendant not in custody be brought to trial within 160 days. The third statute is contained in section 3-8-10 of the Unified Code of Corrections⁵¹ and addresses the invocation of speedy trial rights under the Intrastate Detainers Act. Each regime will be addressed in turn.

A. Defendants in Custody

Section 103-5(a) of the Speedy Trial Act (Act) provides: Every person in custody in this State for an alleged offense shall be tried by the court having jurisdiction within 120 days from the date he was taken into custody unless delay is occasioned by the defendant, by an examination for fitness . . . , by a fitness hearing, by an adjudication of unfitness to stand trial, by a continuance

³⁹ *Id.* at 719-20.

⁴⁰ *Id.* at 721.

⁴¹ *People v. Campa*, 217 Ill. 2d 243, 840 N.E.2d 1157, 1162 (2005).

⁴² *Campa*, 840 N.E.2d at 1163.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *People v. Stuckey*, 34 Ill. 2d 521, 216 N.E.2d 785, 786 (1966).

⁴⁵ *People v. Peco*, 345 Ill. App. 3d 724, 803 N.E.2d 561, 567 (2d Dist. 2004).

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ 725 Ill. Comp. Stat. (Illinois Compiled Statutes) 5/103-5(f) (2006).

⁴⁸ 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(d) (2006).

⁴⁹ 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(a) (2006).

⁵⁰ 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(b) (2006).

⁵¹ 730 Ill. Comp. Stat. 5/3-8-10 (2006).

allowed . . . after a court's determination of the defendant's physical incapacity for trial, or by an interlocutory appeal.⁵²

Where a defendant is in custody, there is no need for the defendant to make an initial, formal demand for a speedy trial; instead, the 120-day clock "begins to run automatically from the day the defendant is taken into custody."⁵³ Yet, a delay thereafter "shall be considered to be by the defendant unless he or she objects to the delay by making a written demand for trial or an oral demand for trial on the record."⁵⁴ Moreover, "[t]he 120-day term must be one continuous period of incarceration."⁵⁵ In calculating the speedy trial term, a defendant may not combine separate periods of incarceration; thus, "[i]f a defendant is taken into custody a second (or subsequent) time for the same offense, the term will begin again at zero."⁵⁶

The question of the meaning of the term "custody" in section 103-5(a) was decided by the Illinois Supreme Court in the case of *People v. Campa*.⁵⁷ In *Campa*, the defendant was charged with various offenses following a traffic accident.⁵⁸ Although bail was set by the trial court, the defendant was unable to post the required bail money.⁵⁹ The defendant was eventually placed in the Cook County Sheriff's Day Reporting Center program, which required that the participants attend programs on a daily basis for at least three hours, and possibly as many as nine hours, a day.⁶⁰ Participants were also subject to mandatory drug testing.⁶¹ Any participant who failed to comply with the rules of the program was reincarcerated.⁶²

At issue in *Campa* was whether the time that the defendant spent in the Day Reporting Center program constituted "custody" for speedy trial purposes. The State asserted that it did not and argued that a defendant is in "custody" for purposes of the Act only when he is confined in a prison or jail.⁶³

The Illinois Supreme Court, however, ruled that "custody" was an elastic concept that included restraints on one's liberty in addition to physical incarceration: "[W]e believe that the legislature intended the term 'custody' to have a broad meaning and encompass lesser forms of restraint than confinement. The legislature intended that the term 'custody' evolve with the changing programs in our correctional institutions."⁶⁴ Accordingly, because the defendant was in custody for more than 120 days before his trial commenced, his discharge was affirmed.⁶⁵

In *People v. Peco*,⁶⁶ the court interpreted the scope of the phrase, "oral demand for trial," in section 103-5(a)'s language providing that "[d]elay shall be considered to be agreed to by the defendant unless he or she objects to the delay by making a written demand for trial or an oral demand for trial on the record."⁶⁷ In this regard, the court held that although no magic words are required, "there must be some affirmative statement requesting a speedy trial in the record and the

⁵² 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(a) (2006).

⁵³ *People v. Campa*, 217 Ill. 2d 243, 840 N.E.2d 1157, 1163 (2005).

⁵⁴ 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(a) (2006).

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ 217 Ill. 2d 243, 840 N.E.2d 1157 (2005).

⁵⁸ *Campa*, 840 N.E.2d at 1160.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.* at 1160, 1165.

⁶¹ *Id.* at 1165.

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.* at 1168.

⁶⁴ *Id.* at 1165.

⁶⁵ *Id.* at 1174.

⁶⁶ 345 Ill. App. 3d 724, 803 N.E.2d 561 (2d Dist. 2004).

⁶⁷ 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(a) (2006).

demand should not be disguised in ambiguous language.”⁶⁸ Therein, the defense counsel asked the trial court that the matter be set down for trial.⁶⁹ The reviewing court, however, held that a statement that a defendant is ready for trial is not sufficient to constitute a speedy trial demand, as it is not an affirmative declaration formally invoking one’s speedy trial rights.⁷⁰

In addition, in *People v. Exson*,⁷¹ the court addressed whether the State exercised “due diligence” in order to justify the continuance of the trial beyond the statutory time limit. Section 103-5(c) of the Act provides that “[i]f the court determines that the State has exercised without success due diligence to obtain evidence material to the case and that there are reasonable grounds to believe that such evidence may be obtained at a later day the court may continue the cause on application of the State for not more than an additional 60 days.”⁷² In *Exson*, the State waited until the 119th day of the 120-day speedy trial term to attempt to contact the chemist, a critical witness in its drug possession prosecution.⁷³ The appellate court found that, under the circumstances of the case, the State failed to exercise the necessary due diligence.⁷⁴ Accordingly, the reviewing court ruled that the trial court abused its discretion in granting the State’s request for a continuance of the trial and ordered that the defendant be discharged.⁷⁵

B. Defendants on Bail or Recognizance

Section 103-5(b) of the Act provides: Every person on bail or recognizance shall be tried by the court having jurisdiction within 160 days from the date the defendant demands trial unless delay is occasioned by the defendant, by an examination for fitness . . . , by a fitness hearing, by an adjudication of unfitness to stand trial, by a continuance allowed . . . after a court’s determination of the defendant’s physical incapacity for trial, or by an interlocutory appeal.⁷⁶

Thus, one of the critical differences between the statutory provisions relating to those who are in custody and to those who are not in custody is that, in the former situation, a defendant need not make a demand to start the speedy trial clock, while, in the latter circumstance, a defendant must make a demand before the clock will begin to run.⁷⁷ Additionally, because a defendant released on bail or recognizance retains his liberty between arrest and conviction, the State is given an extra 40 days in which to bring the defendant to trial.⁷⁸

Furthermore, under subsection (b), “the defendant’s failure to appear for any court date set by the court operates to waive the defendant’s demand for trial”⁷⁹ Moreover, where a person was formally in custody and demanded trial on the charged offense, and thereafter is released on bail or recognizance and demands trial, he shall receive credit toward the 160-day time period for any time he spent in custody subsequent to his demand while in custody.⁸⁰

⁶⁸ *Peco*, 803 N.E.2d at 569.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.* at 569-70.

⁷¹ 384 Ill. App. 3d 794, 896 N.E.2d 844 (1st Dist. 2008).

⁷² 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(c) (2006).

⁷³ *Exson*, 896 N.E.2d at 849.

⁷⁴ *Id.* at 849-50.

⁷⁵ *Id.* at 852.

⁷⁶ 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(b) (2006).

⁷⁷ Compare the commencement language in section 103-5(a), i.e., “from the date he was taken into custody,” with the commencement language in section 103-5(b), i.e., “from the date defendant demands trial.”

⁷⁸ *People v. Wooddell*, 219 Ill. 2d 166, 847 N.E.2d 117, 122 (2006).

⁷⁹ 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(b) (2006).

⁸⁰ *Id.*

C. Intrastate Detainers Act

Section 3-8-10 of the Unified Code of Corrections, which is commonly known as the Intrastate Detainers Act (Detainers Act), provides, in pertinent part, that [specified provisions of the Speedy Trial Act] shall also apply to persons committed to any institution or facility or program of the Illinois Department of Corrections who have untried complaints, charges or indictments pending in any county or this State, and such person shall include in the demand under subsection (b), a statement of the place of present commitment, the term, and length of the remaining term, the charges pending against him or her to be tried and the county of the charges, and the demand shall be addressed to the state's attorney of the county where he or she is charged The state's attorney shall then procure the presence of the defendant for trial in his county by habeas corpus. . . . In the event that the person is not brought to trial within the allotted time, then the charge for which he or she has requested a speedy trial shall be dismissed.⁸¹

Under the Detainers Act, a person who is imprisoned on an unrelated charge is entitled to be tried within 160 days, just as is a defendant released on bail or recognizance.⁸² In addition, in *People v. Wooddell*,⁸³ the Illinois Supreme Court rejected the State's contention that a demand for a speedy trial filed under the Detainers Act remains valid only as long as the defendant remains incarcerated.⁸⁴ Instead, the Court held that "a defendant is subject to whatever speedy-trial statute applies at the time he or she makes a speedy-trial demand."⁸⁵

II. STANDARDS ESTABLISHED IN THE DOMESTIC LEGAL SYSTEM OF ROMANIA

2.1. Preliminary

We find general legal provisions guaranteeing the principle of carrying out legal proceedings within a period that can be characterized as reasonable, first of all, in the Constitution of Romania, as republished. Thus, according to art. 21, paragraph (3), the parties shall be entitled to a solution of their cases within a reasonable term.

This regulation is also found in art. 91, paragraph (1) of Law no. 303/2004 regarding the status of judges and prosecutors, republished. Thus, the judges and prosecutors are forced to complete the works within the agreed deadlines and to solve the cases within a reasonable period.... Also, according to the provisions of art. 99, letter e) of the same law, the repeated and culpable non-compliance with the legal provisions regarding the settlement of cases with celerity shall constitute disciplinary misconduct of the magistrates.

In the same respect, we mention the provisions of art. 10 of Law no. 304/2004 regarding judicial organization, republished. Also, according to art. 64, paragraph (4), letter c), the works assigned to a prosecutor can be passed on to another prosecutor if it is found that the former left the case inactive unjustifiably for more than 30 days.

In carrying out the criminal trial in Romania, there is a series of legal instruments which are used in order to comply with the reasonable period for solving a criminal case, for achieving the goal provided in art. 1 of the Criminal Procedure Code, namely "finding **in due time** and entirely

⁸¹ 730 Ill. Comp. Stat. 5/3-8-10 (2006).

⁸² *Wooddell*, 847 N.E.2d at 120.

⁸³ 219 Ill. 2d 166, 847 N.E.2d 117 (2006).

⁸⁴ *Wooddell*, 847 N.E.2d at 121.

⁸⁵ *Id.* at 123-24.

the facts that represent crimes, so that anyone who committed a crime is punished according to its guilt and no one innocent is made criminally liable”.

Consequently, we will succinctly review the regulations existing in the Romanian Criminal Procedure Code, which mostly represent attempts to confer more substance to the principle of celerity of the criminal trial.

2.2. New criminal procedure provisions constituting arguments in favor of the celerity of criminal trial

Criminal prosecution immunity. First of all, we should refer to the amendments of recent years, according to which a series of rules affecting the formality of criminal trial were eliminated, by means of the procedure derogatory of common law, especially regarding the beginning of criminal proceedings. We specify that these legislative amendments were determined, among other things, by the Recommendation no. XII contained in the Report of the Council of Europe’s Group of States against Corruption (GRECO), adopted in the Plenary Meeting of 28.06.-02.07.2004, recommending Romania to amend its national legislation as to restrict the categories of persons enjoying immunity from investigation. Thus, the immunity of attorneys, notaries public and bailiffs has been eliminated and the implementation of an undifferentiated treatment has been pursued.

In this respect, according to art. 37¹ of Law no. 51/1995 regarding the organization and the practice of the profession of attorney, the criminal proceedings and prosecution of an attorney for criminal actions committed in exercising the profession or in relation thereto shall be made only with the consent of the general prosecutor of the prosecutor’s office attached to the court of appeal in whose jurisdiction the actions were committed. At present, these provisions are abrogated pursuant to art. I item 1 of the Government Emergency Ordinance no. 190/21.11.2005⁸⁶.

A similar text was found in art. 31 of Law no. 36/12.05.1995 regarding notaries public and the notary activity⁸⁷, according to which notaries public could not be investigated, searched, detained, arrested or brought criminal charges against... without the approval of the Minister of Justice, for actions committed in relation to the exercise of professional activities. Nevertheless, this provision was abrogated by art. I, item 1 of the Government Emergency Ordinance no. 25/31.03.2005⁸⁸.

Also, according to art. 36 of Law no. 188/1.11.2000 regarding bailiffs⁸⁹, they could not be investigated, searched, detained, arrested or brought criminal charges against without the approval of the Minister of Justice, for actions committed in relation to the exercise of their professional activity, except for flagrant crimes. The text under discussion was abrogated by art. II item 8 of the Government Emergency Ordinance no. 190/21.11.2005.

Also, according to art. 91, paragraph (2) of Law no. 92/1992 regarding the organization of the judiciary, magistrates could not be investigated, detained, arrested, searched or prosecuted without the approval of the Minister of Justice. This legal text, currently ineffective, was interpreted in the national case law as this set of 5 procedural acts required the approval of the Ministry of Justice. Nevertheless, the main effect of this procedure was the unjustified extension of

⁸⁶ The Government Emergency Ordinance no. 190/21.11.2005 was published in the Official Journal of Romania no. 1179/28.12.2005.

⁸⁷ Law no. 36/12.05.1995 regarding notaries public and the notary activity was published in the Official Journal of Romania no. 92/16.05.1995.

⁸⁸ The Government Emergency Ordinance no. 25/31.03.2005 was published in the Official Journal of Romania no. 278/4.04.2005.

⁸⁹ Law no. 188/1.11.2000 regarding bailiffs was published in the Official Journal of Romania no. 559/10.11.2000.

the period of time required for solving the given case. At present, according to art. 100, paragraph (2) of Law no. 304/2004 regarding judicial organization, as republished, judges, prosecutors and assistant magistrates can be searched, detained or detained on suspicion only with the consent of the Superior Council of Magistracy sections. Under these circumstances, we notice that the most important procedural acts required for sending a criminal case before court (beginning the criminal proceedings, respectively prosecution by indictment) are no longer subject to the requirement regarding the existence of a prior consent.

Procedure of not starting criminal proceedings and of ending criminal proceedings.

By means of Law no. 281/2003, a new impediment was introduced in art. 10 in relation to starting or carrying out criminal proceedings, namely *the causes for non-punishment*. Nevertheless, the required amendments were not operated in relation to the procedure of ending criminal proceedings as well and, in fact, the prosecutor was not able to order this solution in case he/she found the existence of a cause for non-punishment among those explicitly provided by law. This way, for instance, the self informer about an act of bribery should have been prosecuted since only the judge could have accompanied his/her self-incrimination by legal effects dice. By means of the amendments brought to Law no. 356/2006, this inadvertence was corrected, thus also contributing to the reduction of the criminal proceedings duration.

Procedure of recusal. Thus, according to art. 52, paragraph (6) of the Criminal Procedure Code, the ruling admitting or dismissing the abstention, as well as that admitting the recusal, *are not subject to any remedy*. By Law no. 281/2003, art. 52, paragraph (7) of the Criminal Procedure Code was introduced, according to which “The ruling dismissing the recusal may be challenged only by appeal, within 48 hours after its delivery and the case shall be submitted immediately to the court of appeal. The appeal is judged within 48 hours after reception of the case, in the court chamber with participation of the parties”. Subsequently, by means of the Government Emergency Ordinance no. 55/2004, art. 52, paragraph 7 was abrogated, with the intention to eliminate without delay the possibility of an abusive exercise of procedural rights, encroaching upon the carrying out of the criminal trial under normal conditions. This way, by trying to eliminate potential abuses, the lawmaker infringed other principles of the criminal trial, such as, for instance, finding the truth.

In this respect, by a logical interpretation of the provisions of art. 52, paragraph 6, following the *per a contrario* reasoning, it results that the ruling dismissing the recusal is subject to remedy. Taking into consideration the importance that the lawmaker gives to the institution of incompatibility, as well as to the institutions of abstention and recusal, an importance emphasized by the frequent and consistent legislative amendments, as well as taking into consideration the consequences that may arise from the settlement of cases by judges or prosecutors in situations of incompatibility, we consider that the ruling dismissing the application for recusal can be challenged by an appeal that has to be judged separately and immediately. In case an appeal is filed against the ruling dismissing the recusal and it is judged together with the merits of the case, the consequences would be only formal and would seriously encroach over the act of justice.

Taking into account the above, we consider that, *de lege ferenda*, the explicit regulation of the appeal against rulings dismissing the application for recusal is required.

New obligations established for the defendant or the accused in the criminal trial. For ensuring a more effective contact with the defendant or the accused, according to art. 70, paragraph (4) of the Criminal Procedure Code⁹⁰, „the accused or the defendant is also informed about the obligation to notify in writing, within 3 days, any change of address during the criminal trial”. This way, the creation of a legal framework providing additional guarantees that the most important subject of the criminal case can be heard or summoned to participate in different

⁹⁰ Paragraph (4) of art. 70 was introduced by art. I, item 38 of Law no. 356/2006.

criminal proceeding acts is attempted, since its presence represents a premise both for finding the truth and for guaranteeing the exercise of the right to defense. The rule under discussion was reinforced by the provisions of art. 198, paragraph (4), letter i) of the Criminal Procedure Code, according to which non-compliance by the accused or the defendant with the obligation to notify the legal bodies in writing, within 3 days, about any change of address during the criminal trial represents a judicial default and is punished with a fine from lei 500 to lei 5,000.

The same goal is pursued by the introduction in the law of actions required to be taken or which may be taken in relation to the accused or defendant detained on suspicion whose temporary release was ordered. Thus, the temporary release mandatorily involves taking the following actions, according to art. 160² paragraph (3): 1) not to go beyond the territorial limit established unless under the conditions set by the court; 2) to go to the criminal proceeding body or, as the case may be, to the court, any time requested; 3) to go to the police body assigned by the court with the supervision, according to the supervision schedule drafted by the police body or any time requested; 4) not to change the address without notifying the court that took the action; 5) not to own, use and carry any category of weapons.

The actions that can be ordered in relation to the accused or defendant are, according to art. 160², paragraph 3¹ of the Criminal Procedure Code, the following: 1) to carry permanently an electronic supervision system; 2) not to go to certain sports or cultural events or to any other established places; 3) not to go near the person injured, its family members, the person with whom he/she committed the crime, witnesses, experts or any other persons established by the court and not to communicate with the same, directly or indirectly; 4) to drive no vehicle or certain established vehicles; 5) not to enter the house of the person injured; 6) not to carry out the profession, job or the activity during which he/she committed the crime.

This entire set of actions that can be ordered or are mandatorily ordered, in the attempt to facilitate the carrying out of the criminal trial, are doubled by the provisions of art. 160², paragraph (3²) of the Criminal Procedure Code, according to which, the accused or defendant is informed that, in case of infringement in bad faith of the obligations falling to the same, the action of detention on suspicion shall be taken against them.

Procedure of complaint in court against the acts of not proceeding with prosecution.

Being a novelty in the Romanian criminal procedure, the institution of complaint against the acts of not proceeding with prosecution was introduced by Law no. 281/2003. This way, in the exercise of the right to access to court, the persons unsatisfied with the prosecutor's decision not to proceed with prosecution may challenge the order in court, according to the provisions of art. 278¹ of the Criminal Procedure Code. In regulating this institution, the lawmaker took into consideration, in addition to the free access to court, the effectiveness of the criminal trial as well since the solutions listed in art. 278¹ of the Criminal Procedure Code also include some instruments whose goal is precisely the celerity of settlement of the given criminal case. Thus, in compliance with the provisions of art. 278¹, paragraph (8), letter c) of the Criminal Procedure Code, the judge, admitting the complaint by decision, annuls the resolution or decree challenged and, when the evidence existing in the file is sufficient, keeps the case for judgment, in a legally established panel.

According to these provisions, the given case can be solved directly by the court of law without the prosecutor deciding on proceeding with prosecution by indictment.

2.3. New criminal procedure provisions representing limitations of the effectiveness

Procedure of preliminary complaint. In the field we are reviewing, that of the effectiveness of criminal trial, we mention the amendments that have made in the matter of preliminary complaint. Thus, according to art. 197, paragraph (2), letter a) of the Criminal Procedure Code, prior to the adoption of Law no. 356/2006, for a series of crimes, the preliminary complaint used to be addressed directly to the court of law. Under these circumstances, a temporal reduction of the criminal trial is noticed, due to the absence of the preliminary phase of criminal proceeding. In this respect, most specialized works state that the institution of direct criminal action represents the most eloquent exemplification of the criminal trial carried out in an atypical manner.

The adoption of Law no. 356/2006, *de lege lata*, regulated the filing of the preliminary complaint, irrespective of the crime committed, to the criminal prosecution bodies, the current procedure leading to the finding that criminal trials having such crimes as subject matter will have a longer settlement period.

Attempting to adopt a neutral position in the conflict between the principles of criminal trial, nevertheless we notice that, this way, the lawmaker established several guarantees for a fair settlement of the case, by complying with finding the truth. Thus, even if such cases are characterized by simplicity, the activity that the criminal prosecution bodies carry out may result in the fair settlement of the legal dispute.

Conclusions

Although the right to a speedy trial is protected by both constitutional and statutory provisions in the United States, the means to achieve this procedural guarantee vary depending upon the specific values to be safeguarded. Under the U.S. Constitution, a multi-factor approach is employed; however, a defendant is generally required to demonstrate prejudice in order to gain relief. On the other hand, statutory schemes typically employ a combination of fixed-time periods and forfeiture provisions, without the requirement of establishing prejudice.

As a matter of practice, this means that only the most egregious cases of delay will satisfy the constitutional standard, while most violations will fall under the ambit of statutory provisions. The latter, although somewhat complex and cumbersome in terms of calculating the pertinent time periods, generally provides a bright-line rule that aids in more effectively remedying transgressions of the right to a speedy trial.

As regards the reasonable period for carrying out criminal trials in Romania, we remind the fact that the European Court of Human Rights has numerous applications pending against Romania, which request finding the infringement of the right to a fair trial, from the perspective of the unreasonable duration of criminal legal proceedings. Nevertheless, we should note that the relevant regulations have been significantly improved, sometimes to the detriment of other criminal trial principles, such as, for instance, the principle of separation of judicial powers. Thus, this example includes the legal possibility provided to the judge to order the keeping of the case for judgment without having been notified by the prosecutor's indictment.

PRINCIPIUL OPERATIVITĂȚII ÎN PROCESUL PENAL DIN STATELE UNITE ALE AMERICII ȘI ROMÂNIA. STUDIU COMPARATIV.

Steven BECKER*
Enikő DAMASCHIN**

Abstract

Prezentul studiu abordează una dintre cele mai importante reguli fundamentale ale procesului penal, atât în Statele Unite ale Americii, cât și în România, fiind vorba despre dreptul celui acuzat de săvârșirea unei infracțiuni la un proces desfășurat într-un termen rezonabil. Cu referire la sistemul de drept al Statelor Unite ale Americii, autorul a abordat problematica din perspectiva Constituției Statelor Unite, respectiv prin analiza sistemului legislativ al Statului Illinois. Un rol important în aceasta analiză l-a avut prezentarea cazuisticii în domeniu. În ceea ce privește sistemul procesual din România sunt evidente eforturile de modificare a legislației în vederea asigurării unei perioade rezonabile pentru desfășurarea anchetei penale, chiar dacă uneori, în acest fel, se restricționează aplicabilitatea unor alte principii fundamentale, cum ar fi, de exemplu, principiul aflării adevărului. De asemenea, sunt evidente, după parcurgerea studiului de față, diferențele existente între cele două sisteme procesuale penale.

Cuvinte cheie: *principiul operativității, procesul penal în Statele Unite ale Americii, procesul penal în România, drept comparat*

Introducere

Celeritatea procesului penal în înțeles larg, presupune atât rezolvarea rapidă a cauzelor penale, cât și simplificarea activității procesuale penale, când este cazul. De asemenea, celeritatea impune desfășurarea unor activități de către organul de urmărire penală care dispune de cele mai eficiente posibilități de administrare a probelor. Fără îndoială că operativitatea urmăririi penale (trăsătură, de altfel, comună întregului procesului penal), deși nu este consacrată expres ca regulă de bază, se impune ca atare, fiind prefigurată de numeroase reglementări cuprinse în economia dispozițiilor Codului de procedură penală.

În strânsă conexitate cu principiul celerității procesului penal se află conceptul de termen rezonabil de derulare a procesului penal. În acest sens, prin derularea îndelungată a unei cauze penale se încalcă dreptul justițiabilului la un termen rezonabil, componentă a procesului echitabil. Problematica în discuție nu caracterizează în mod particular spațiul judiciar național, reprezentând o reală problemă a mării majorități a sistemelor procesuale naționale, aspect care se desprinde elocvent din desfășurarea a numeroase programe cu caracter național și internațional consacrate studierii cauzalității nerespectării unei durate rezonabile a procesului penal¹.

* Assistant Appellate Defender, Adjunct Professor of Law, College of Law, De Paul University, Chicago, Illinois, USA, Chief Editor of International Review of Penal Law (e-mail: StevenMRB@aol.com).

** Legal adviser, Ministry of Administration and Interior, Romania (e-mail: eniko.damaschin@gmail.com).

¹ J. Turot, *Le délai d'appel reconnu à l'État méconnaît-il l'égalité des armes?*, în *La Semaine Juridique-Edition générale*, nr. 48/26.11.2008, conform Bazei de date LexisNexis; F. Edel, *La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 2^e édition, Consiliul European, Strasbourg, 2007, 101 p.; Y. Struillou, *La condamnation de l'Etat pour délai excessif de jugement*, în *Revue française de droit administrative*, nr. 2/2006, pp. 299-304; S. Wolf, *Trial within a reasonable time: the recent reforms of the Italian justice system in response to conflict with Article 6(1) of the ECHR*, în *European Public Law*, vol. 9, nr. 2/2003, pp. 189-209.

În prezentul studiu, ne propunem o succintă analiză a reglementărilor în domeniul operativității procesului penal, atât în sistemul procesual al Statelor Unite ale Americii, cât și în sistemul legislativ din România.

I. STANDARDE STABILITE ÎN SISTEMUL DE DREPT DIN STATELE UNITE ALE AMERICII

1.1. Preliminarii

Această secțiune prezintă o trecere în revistă a dreptului acuzatului la un proces desfășurat în condiții de celeritate în Statele Unite ale Americii. O prezentare comparativă a abordărilor din acest domeniu din sistemul de drept *common law* al Statelor Unite este relevantă întrucât subliniază diferențele referitoare la modul în care acest drept este garantat în sistemul de drept românesc. Sunt subliniate garanțiile procedurale conferite pentru desfășurarea unui proces cu respectarea principiului celerității atât din punct de vedere constituțional cât și al normelor procesuale existente la nivel de stat. De asemenea, sunt prezentate natura drepturilor constituționale în contextul unei constituții federale, iar ulterior garanțiile statutare conform legislației din statul Illinois, reprezentative pentru abordarea generală a acestei probleme în majoritatea statelor².

1.2. Dispoziții constituționale cu privire la principiul celerității în SUA

Al VI-lea Amendament al Constituției SUA statuează că „*în toate procesele penale, inculpatul are dreptul la un proces desfășurat în termen rezonabil și public.*”³. Constituția statului Illinois garantează acest drept: „*în procesele penale, inculpatul va avea dreptul la (...) un proces public și desfășurat în termen rezonabil (...)*”⁴. În cazul *Barker versus Wingo*⁵, Curtea Supremă a Statelor Unite a oferit o prezentare comprehensivă a dreptului constituțional la un proces desfășurat cu respectarea principiului celerității. Curtea a decis că „*dreptul la un proces desfășurat în termen rezonabil este un drept fundamental, similar tuturor drepturilor garantate prin al VI-lea Amendament*”⁶; Curtea a precizat totodată că garanțiile procedurale pentru un proces desfășurat în termen rezonabil sunt „*generic diferite*” față de cele ale oricărui alt drept garantat prin Constituția SUA atât din cauza faptului că există anumite interese ale societății pentru procese scurte care sunt diferite de problemele/grijile celui acuzat de săvârșirea unei infracțiuni, cât și din cauza faptului că derogarea de la dreptul la un proces desfășurat în termen rezonabil ar putea, în anumite circumstanțe, să fie în avantajul inculpatului⁷.

² Autorul este avocat apelant în Illinois și a pledat cu succes în fața Curții Supreme din Illinois, în primul caz din istoria acestui stat, în care se definește termenul „reținere” în scopul clarificării Illinois Speedy Trial Act. Cauza Statul versus Campa, 217111. 2d (Illinois Repotrs 2 d) 243, 840 N. E. 2 d (north Eastern Reporter 2 d) 1157 (2005), va fi detaliată în cele ce urmează în cadrul secțiunii referitoare la normele statutare privind principiul celerității. Autorul a preluat aceasta cauză de la avocatul Kimberly A. Jansen, care a fost primul avocat în acest dosar în fața instanței de apel. Dna Jansen este la momentul actual consilier senior la Hinshaw&Culbertston, LLP, Chicago, Illinois.

³ Constituția SUA, Al VI-lea Amendament.

⁴ Constituția Illinois, art. I, § 8

⁵ 407 U.S. (United States Reports) 514 (1972)

⁶ Barker, 407 U.S. la 516 n. 2

⁷ Id., 519 - 21

În ceea ce privește interesele inițial menționate, Curtea a statuat că, din perspectiva societății, acolo unde instanțele eșuează în a pronunța soluții rapide în cazurile penale, agenda instanțelor se aglomerează, închisorile devin suprapopulate, asigurând inculpaților posibilitatea de a obține „oferte” mai bune (mai ales în ipotezele în care aceștia pledează ca fiind vinovați). Mai mult decât atât, când inculpații sunt eliberați pe cauțiune pentru perioade mai mari, cresc riscurile ca ei să comită și alte infracțiuni. Pe de altă parte, când un inculpat nu poate să iasă pe cauțiune, el va fi reținut perioade lungi în închisori locale, care în majoritatea cazurilor sunt menținute într-o stare deplorabilă, expunând acuzatul la violențe, violuri și alte riscuri la adresa sănătății sale fizice și psihice. Totodată, perioadele lungi de arest preventiv scad posibilitățile de reintegrare și cresc costurile publice.

Ținând cont de beneficiile care ar putea profita celui acuzat în situațiile în care procesul se desfășoară într-un termen nerezonabil, Curtea a subliniat faptul că martorii acuzării nu mai sunt disponibili odată cu trecerea timpului, fie din cauza dispariției efective fizice (deces), fie din alte considerente (spre exemplu, în memoria acestora se estompează amintirea infracțiunii), iar cazurile sunt iremediabil afectate. De fapt, în această ipoteză, a beneficiilor procesuale ce pot surveni în favoarea acuzatului, apărarea chiar poate încerca târăgănarea începutului procesului. Totuși o prelungire nu poate fi producătoare de prejudicii *per se*.

Pe scurt, întrucât dreptul la un proces desfășurat în termen rezonabil reprezintă „un concept mai vag decât celelalte drepturi procedurale”, Curtea a respins abordarea referitoare la faptul că inculpatul trebuie trimis în fața instanței de judecată într-un termen prestabilit cât și regula „cererii” conform căreia dacă un inculpat nu invocă dreptul său la un proces rapid printr-o cerere formală, acesta nu mai poate beneficia de acest drept. „Astfel, respingem ambele abordări inflexibile – termenul fix pentru că excede cadrulul constituțional, iar regula invocării dreptului prin cerere întrucât nu este nuanțată raportat la un drept considerat fundamental”.

În schimb Curtea a oferit o analiză multifactorială pentru clarificarea acestei probleme, pentru care a stabilit următorii factori: 1.) durata amânării 2.) motivele amânării, 3.) invocarea de către inculpat a dreptului său, 4.) prejudiciul rezultat. În ceea ce privește durata amânării, Curtea a identificat aceasta ca fiind, în esență, un „factor declanșator”. Astfel, „cât timp există o amânare prezumată a produce prejudicii, nu este necesară identificarea, cercetarea celorlalți factori”. Jurisprudența subsecventă a statuat că orice întârziere mai mare de un an este prezumată a fi cauzatoare de prejudicii⁸.

În ceea ce privește cel de al doilea factor, motivele Statului pentru amânări/întârzieri, Curtea a statuat că „(..) încercările deliberate de a amâna începutul judecării în scopul împiedicării apărării ar trebui reținute în mod agravat în sarcina Statului” cu atât mai mult cu cât Statul are responsabilitatea trimiterii inculpatului în fața instanței de judecată⁹. Al treilea factor este condiționat de invocarea dreptului său de către acuzat.

Al patrulea factor de analizat din perspectivă constituțională este cel al prejudiciului cauzat inculpatului. În cazul *Baker v. Wingo*, Curtea a identificat trei interese specifice care trebuie protejate prin garanțiile procesuale conferite prin dreptul la un proces desfășurat în termen rezonabil: 1. „prevenirea arestului preventiv opresiv”; 2. „minimizarea anxietății și grijilor inculpatului” și 3. „limitarea posibilității ca apărarea să fie afectată în sens negativ”. Ultimul factor, conform Curții este cel mai important „din cauza inabilității inculpatului de a-și pregăti cazul în mod adecvat, denaturând echitatea întregului sistem”.

Un asemenea prejudiciu se poate produce, de exemplu, prin decesul sau dispariția martorilor, estomparea memoriei martorilor disponibili, precum și imposibilitatea inculpatului

⁸ *Statul v. Silver*, 376 Ill. App. 3d (Illinois Appellate Court Reports 3d) 780, 877 N.E.2d 96, 100 (2d Dist. 2007).

⁹ *Barker*, 407 U.S. at 531.

arestat preventiv să asiste la pregătirea apărării sale. Mai mult decât atât, chiar dacă inculpatul nu este arestat preventiv, el este oricum dezavantajat prin restrângerea libertății sale și prin faptul că trăiește într-un mediu dominat de anxietate, suspiciuni și, adesea, ostilitate.

În concluzie, Curtea a decis că fiecare caz trebuie evaluat pe principii ad hoc și că nici unul din factori nu trebuie privit „ca o condiție suficientă sau necesară pentru stabilirea unei derogări de la dreptul la un proces desfășurat într-un termen rezonabil/scurt”. Remediul procesual pentru încălcarea dreptului constituțional la un proces desfășurat într-un termen rezonabil, este respingerea acuzațiilor, respectiv retragerea tuturor acuzațiilor.

Următoarele două cazuri soluționate de către instanțele din Illinois ilustrează rezultatele diferite obținute în urma aplicării analizei celor patru factori, stabilită în cazul *Baker*, pentru presupuse încălcări ale dreptului constituțional la un proces desfășurat într-un termen rezonabil. De ex., în cazul *Statul versus Silver*, instanța a decis că inculpatul a demonstrat încălcarea dreptului său constituțional la un proces desfășurat într-un termen rezonabil, conform Constituțiilor SUA și Illinois. În acest caz, întârzierea trimerii lui Silver în fața instanței de judecată a durat 3 ani; astfel, întârzierea a fost prezumată ca fiind producătoare de prejudicii *per se*. Una dintre marile dispute ale acestui caz a avut ca obiect identificarea faptului dacă acuzatul a fost responsabil pentru amânarea începutului procesului întrucât acesta s-a mutat în statul California anterior punerii lui sub acuzare pentru posesie de materiale pornografice infantile.

Curtea sesizată a reținut că întârzierea nu ar putea fi imputată inculpatului, care a trăit în California având o viață publică, fără să se ascundă, iar poliția cunoștea adresa lui din California. În consecință, instanța a reținut că acest factor trebuie imputat autorităților. În ceea ce privește susținerile lui Silver referitoare la dreptul lui la un proces desfășurat cu respectarea principiului celerității, statul a susținut că această întârziere trebuie imputată inculpatului întrucât acesta nu a solicitat trimiterea lui în fața instanței niciodată în perioada cât a stat în California. Totuși, instanța de control judiciar a reținut soluția contrară, statuând că „*Silver nu a știut de existența acuzațiilor și că s-a predat și a invocat dreptul său la un proces scurt de îndată ce a aflat de existența acuzațiilor*”. În sfârșit, din cauza duratei excesive și nejustificate a acestui caz, Curtea a reținut că inculpatului nu i s-a cerut să dovedească „existența unui prejudiciu cert.” Astfel, instanța de control judiciar a hotărât că dreptul constituțional al inculpatului la un proces desfășurat într-un termen rezonabil a fost încălcat.

Spre deosebire de cazul *Silver*, în cazul *Statul versus Kaczmarek*, Curtea Supremă din Illinois a reținut că dreptul constituțional al persoanei acuzate la un proces desfășurat într-un termen rezonabil nu a fost încălcat. În *Kaczmarek*, întârzierea trimerii acuzatului în fața instanței de judecată pentru un nou proces, după ce s-a obținut o hotărâre de rejudecare, a fost mai mare de trei ani, fapt care a dus la aplicarea analizei factorilor Baker. În analiza motivelor întârzierii, Curtea a reținut că, cu excepția unui interval de circa trei luni, avocatul acuzatului a fost responsabil pentru majoritatea amânărilor, amânări pe care acestea le-a atribuit inculpatului însuși. În plus, deși inculpatul a invocat, personal, dreptul său la un proces desfășurat într-un termen rezonabil, în repetate rânduri, nu și-a concediat niciodată avocații care nu erau pregătiți pentru proces și nici nu a optat să se reprezinte singur. În sfârșit, inculpatul nu a putut demonstra existența unui prejudiciu cauzat de perioada mare de timp scursă până la trimiterea lui în fața instanței de judecată.

1.3. Dreptul statutar la un proces desfășurat cu respectarea principiului celerității, conform legislației din Illinois

În primul rând trebuie să subliniem faptul că deși reglementează aceleași probleme, dreptul constituțional respectiv statutar (legislația în materie penală a statului Illinois) la un proces

desfășurat într-un termen rezonabil nu se completează, nu coexistă¹⁰. De exemplu, un inculpat care susține că i-a fost încălcat dreptul său constituțional la un proces desfășurat într-un termen rezonabil, și ca urmare trebuie retrase acuzațiile formulate împotriva sa, este ținut să demonstreze îndeplinirea factorilor Baker, inclusiv dovedirea prejudiciului cauzat prin întârziere. Pe de altă parte, conform reglementărilor statutare, inculpatul trebuie doar să probeze că nu a fost trimis în fața instanței de judecată în termenul prevăzut de statut și că întârzierea nu îi poate fi imputată nici lui și nici avocatului lui. Astfel, invocarea unei încălcări ale acestui drept conform normelor statutare, de regulă, are mai mari șanse de reușită. În acest sens, reglementările statutare operează „pentru a preveni apariția problemelor constituționale ridicate ca excepții în cazurile cu amânări prelungite”¹¹.

Conform normelor statutare, este în sarcina statului să dispună trimiterea celui acuzat de săvârșirea unei infracțiuni în fața instanței de judecată într-un termen stabilit prin lege¹². Totuși, este în sarcina inculpatului să dovedească faptului că întârzierea nu îi poate fi imputată lui sau avocatului lui. Mai mult decât atât, orice întârziere pricinuită de inculpat „va duce la suspendarea pentru perioada întârzierii a termenului în care o persoană trebuie trimisă în fața instanței”¹³. Atunci când statul nu trimite inculpatul în fața instanței de judecată în termenul prevăzut în normele statutare, acesta va fi „eliberat din arest sau nu va mai fi ținut de obligațiile asumate ca urmare a liberării pe cauțiune”.

În Illinois, sunt trei reglementări statutare distincte referitoare la dreptul la un proces desfășurat într-un termen rezonabil, după cum urmează:

A. prima normă este reprezentată de dispozițiile Secțiunii 103 – 5 (a) din Codul de procedură penală al Statului Illinois, conform cărora inculpatul reținut trebuie trimis în fața instanței în termen de 120 de zile;

B. a doua normă este cea conținută în Secțiunea 103 – 5 (b) din Codul de procedură penală al Statului Illinois care prevede că inculpatul care nu este reținut trebuie trimis în judecată în termen de 160 de zile;

C. a treia reglementare statutară se regăsește la Secțiunea 3 – 8 – 10 din Codurile Unificate de Corecție¹⁴ care reglementează invocarea dreptului la un proces desfășurat într-un termen rezonabil conform Intrastate Detainers Act. În cele ce urmează vom analiza fiecare reglementare în parte.

A. Inculpații reținuți

Secțiunea 103 – 5 (a) din Speedy Trial Act prevede următoarele: „Fiecare persoană reținută în acest Stat pentru o presupusă infracțiune va fi judecată de o instanță competentă în termen de 120 de zile de la data la care acesta a fost reținut cu excepția cazurilor în care întârzierea este cauzată de către inculpat, de către o solicitare în vederea examinării capacității procesuale, de o hotărâre care are ca obiect stabilirea capacității procesuale a inculpatului, de o repunere a cauzei pe rol după soluționarea unei cereri referitoare la constatarea iresponsabilității inculpatului, ori de către un apel interlocutoriu.”¹⁵.

În situația în care inculpatul este reținut nu mai este necesar ca acesta să solicite expres desfășurarea procesului într-un termen scurt; în același timp însă, „termenul de 120 de zile începe

¹⁰ People v. Campa, 217 Ill. 2d 243, 840 N.E.2d 1157, 1162 (2005).

¹¹ People v. Stuckey, 34 Ill. 2d 521, 216 N.E.2d 785, 786 (1966).

¹² People v. Peco, 345 Ill. App. 3d 724, 803 N.E.2d 561, 567 (2d Dist. 2004).

¹³ 725 Ill. Comp. Stat. (Illinois Compiled Statutes) 5/103-5(f) (2006).

¹⁴ 730 Ill. Comp. Stat. 5/3-8-10 (2006).

¹⁵ 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(a) (2006).

să curgă, de drept, de la momentul reținerii inculpatului”¹⁶. Totuși, „*orice întârziere va fi luată în considerare doar dacă acesta a invocat, în scris sau verbal, oficial, dreptul său la un proces în acest termen, de 120 de zile*”¹⁷. Mai mult decât atât, „*termenul de 120 de zile trebuie să curgă continuu*”. În calcularea termenului prevăzut pentru respectarea celerității procesului, nu se pot cumula perioade diferite de reținere; de asemenea, „*dacă inculpatul este reținut a doua oară/ sau ulterior pentru aceeași infracțiune, va curge un nou termen*”.

Problema înțelesului termenului „reținere” din secțiunea 103 – 5 (a) din Codul de procedură penală al Statului Illinois a fost clarificată de către Curtea Supremă a statului Illinois în cazul *Statul vs. Campa*¹⁸. În acest caz, inculpatul a fost acuzat de săvârșirea mai multor infracțiuni în urma producerii unui accident auto, fiind reținut¹⁹. Deși a fost stabilită o cauțiune de către instanța de judecată, inculpatul nu a avut posibilitatea să depună suma stabilită cu titlu de cauțiune. Până la urmă, acuzatul a fost inclus în programul Day Reporting Program, care presupunea ca participanții să ia parte la programul zilnic, pentru un interval cuprins între minim 3 și maxim 9 ore pe zi. Totodată, participanții erau subiecți ai unor testări antidrog obligatorii. Orice participant care nu respecta regulile era (re)încarcerat.

Problema în cauza *Campa* a fost cea a stabilirii faptului dacă timpul pe care inculpatul l-a petrecut în centru putea fi considerat ca fiind petrecut în stare de „reținere” în scopul calculării termenului pentru un proces desfășurat într-un termen rezonabil. Statul a susținut că nu se poate realiza o asemenea asimilare și a argumentat că o persoană poate fi considerată ca fiind reținută doar când aceasta trebuie să stea în arest sau închisoare. Totuși, Curtea Supremă a Statului Illinois, a considerat ca termenul „reținut” („luat în custodie”) reprezintă un concept elastic care include și restrângerea libertăților unei persoane pe lângă reținerea fizică.: „Considerăm că voința legiuitorului a fost în sensul includerii în noțiunea de „reținut” și a formelor mai puțin severe ale privării de libertate. Legiuitorul a dorit ca noțiunea de „reținut” să evolueze odată cu schimbarea programelor din instituțiile noastre corecționale”. În consecință, întrucât inculpatul a fost reținut mai mult de 120 de zile până la începerea procesului, s-a pronunțat achitarea acestuia.

În cazul *Statul versus Peco*²⁰, instanța a interpretat sintagma „*solicitare verbală*” în vederea desfășurării procesului în termenul de 120 de zile. Astfel, este prevăzut faptul că „*întârzierea judecării va fi considerată agreeată de către inculpat, cu excepția situației în care acesta se opune întârzierii, solicitând în scris sau verbal, oficial, trimiterea sa în fața instanței de judecată*”²¹. În această privință, instanța a reținut că nu sunt cerute „cuvinte magice”, dar „*trebuie să existe o declarație clară în sensul solicitării unui proces scurt, înregistrată, iar solicitarea nu poate avea un caracter ambiguu*”²². În acest context, avocatul apărării a solicitat ca această problemă să fie tranșată în instanță. Instanța de control judiciar a reținut că simpla afirmație că inculpatul este pregătit pentru proces nu este suficientă pentru a fi luată în considerare ca o solicitare pentru desfășurarea unui proces în termen rezonabil, întrucât aceasta nu este o declarație prin care să fie invocat oficial dreptul la un proces scurt.

De asemenea, în cazul *Statul versus Exon*²³, instanța a ridicat problema dacă statul a dat dovadă de diligența necesară astfel încât să poată justifica continuarea procesului după expirarea termenului statutar. În Secțiunea 103 – 5 (c) din Codul de procedură penală al Statului Illinois este

¹⁶ *People v. Campa*, 217 Ill. 2d 243, 840 N.E.2d 1157, 1163 (2005).

¹⁷ 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(a) (2006).

¹⁸ 217 Ill. 2d 243, 840 N.E.2d 1157 (2005).

¹⁹ *Campa*, 840 N.E.2d at 1160.

²⁰ 345 Ill. App. 3d 724, 803 N.E.2d 561 (2d Dist. 2004).

²¹ 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(a) (2006).

²² *Peco*, 803 N.E.2d 569.

²³ 384 Ill. App. 3d 794, 896 N.E.2d 844 (1st Dist. 2008).

reglementat faptul că „dacă instanța stabilește că statul a dat dovadă, fără succes, de diligență adecvată pentru obținerea probelor necesare în cauză și că sunt suficiente motive ca să se considere că aceste probe pot fi obținute ulterior, instanța va putea aproba continuarea activității procesuale, la solicitarea Statului, dar nu mai mult de 60 de zile”²⁴. În dosarul *Exon*, Statul a așteptat până în a 119 a zi din termenul de 120 de zile pentru a încerca să contacteze chimistul, martor principal într-un caz de deținere de droguri²⁵. Instanța de control judiciar a reținut că, în aceste circumstanțe, statul nu a depus diligența necesară soluționării cazului²⁶. În consecință, instanța de control judiciar a hotărât că instanța de fond a comis un abuz în acordarea statului dreptul de a continua procesul și a hotărât achitarea inculpatului.

B. Inculpații liberați pe cauțiune

Conform Secțiunii 103 – 5 (b) din Codul de procedură penală al Statului Illinois „Orice persoană liberată pe cauțiune va fi judecată de către o instanță competentă în termen de 160 de zile de la data solicitării de către inculpat a trimiterii lui în fața instanței de judecată, cu excepția cazurilor în care întârzierea este cauzată de către inculpat, de către o solicitare în vederea examinării capacității procesuale, de o hotărâre care are ca obiect stabilirea capacității procesuale a inculpatului, de o repunere a cauzei pe rol după soluționarea unei cereri referitoare la constatarea iresponsabilității inculpatului, ori de către un apel interlocutoriu.”²⁷

Astfel, una dintre diferențele majore între dispozițiile referitoare la cei reținuți față de persoanele puse în stare de libertate pe cauțiune, constă în faptul că, spre deosebire de cazul reținutului care nu trebuie să formuleze o cerere în vederea declanșării termenului de 120 de zile prevăzut pentru respectarea principiului celerității, în ipoteza eliberării pe cauțiune persoana în cauză trebuie să formuleze o cerere în acest sens (în vederea declanșării termenului de 160 de zile)²⁸. În plus, întrucât inculpatul liberat pe cauțiune beneficiază de libertate între momentul reținerii și cel al condamnării, statul a beneficiază de 40 de zile în plus pentru trimiterea inculpatului în fața instanței de judecată²⁹.

Mai mult, conform subsecțiunii b), „neprezentarea inculpatului la oricare din termenele stabilite de organele judiciare, reprezintă o decădere a acestuia din dreptul la un proces scurt (...)”³⁰. Totodată, când o persoană a fost anterior reținută și a solicitat trimiterea în fața instanței de judecată, acesta va trebui trimisă în fața instanței cu respectarea termenului de 160 de zile, indiferent de timpul petrecut la reținut ulterior invocării dreptului la un proces scurt.

C. Intrastate Detainers Act

Secțiunea 3-8-10 din Codul Unificat al Corecțiilor, act normativ cunoscut sub denumirea de *Intrastate Detainers Act*, prevede că: „Dispozițiile prevăzute în *Speedy Trial Act* se aplică de asemenea persoanelor internate în orice instituție sau program al *Illinois Department Corection* care sunt subiecți ai unor acuzații, plângeri nejudicate, în orice stat, iar o asemenea persoană va trebui să includă în cererea sa introdusă, conform lit. b.) o declarație cu privire la internarea sa, durata internării, perioada rămasă, acuzațiile ce i se aduc, statul în care i se aduc acuzațiile (...), iar cererea va fi adresată parchetului din statul în care este acuzat. Procurorul va trebui să

²⁴ 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(c) (2006).

²⁵ *Exon*, 896 N.E.2d at 849.

²⁶ *Id.* 849-50.

²⁷ 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(b) (2006).

²⁸ A se compara terminologia din secțiunea 103-5(a), “de la data la care a fost reținut,” cu cea de la secțiunea 103-5(b), “de la data la care inculpatul solicită trimiterea în fața instanței”.

²⁹ *People v. Wooddell*, 219 Ill. 2d 166, 847 N.E.2d 117, 122 (2006).

³⁰ 725 Ill. Comp. Stat. 5/103-5(b) (2006).

asigure prezența inculpatului la proces, în districtul lui, cu respectarea habeas corpus (...). În situația în care persoana nu va fi trimisă în judecată în termenul prevăzut, atunci persoana respectivă va fi achitată în privința capetelor de acuzare pentru care a cerut desfășurarea procesului cu respectarea principiului celerității³¹”.

Conform Intrastates Detainers Act, o persoană reținută pentru acuzații penale fără conexitate are dreptul de a fi trimisă în judecată în termen de 160 de zile, similar inculpatului liberat pe cauțiune³². Mai mult, în cauza *Statul versus Wooddell*³³, Curtea Supremă din Illinois a respins argumentul Statului conform căruia solicitarea unui proces scurt introdusă în temeiul Intrastates Detainers Act rămâne valabilă doar pentru perioada reținerii inculpatului³⁴. În schimb, Curtea a reținut că „*inculpatul poate fi subiect al oricărui statut referitor la un proces desfășurat în termen rezonabil aplicabil la momentul formulării cererii*”.

II. STANDARDE STABILITE ÎN SISTEMUL DE DREPT DIN ROMÂNIA

2.1. Preliminarii

Dispoziții legale generale care garantează principiul derulării procedurilor judiciare într-un interval care să poate fi caracterizat ca fiind rezonabil întâlnim, în primul rând în Constituția României, republicată. Astfel, conform art. 21 alin. (3), părțile au dreptul la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil.

Reglementarea se regăsește și în art. 91 alin. (1) din Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, republicată. Astfel, judecătorii și procurorii sunt obligați să rezolve lucrările în termenele stabilite și să soluționeze cauzele în termen rezonabil.... De asemenea, conform prevederilor art. 99 lit. e) din același act normativ, constituie abateri disciplinare ale magistraților nerespectarea în mod repetat și din motive imputabile a dispozițiilor legale privitoare la soluționarea cu celeritate a cauzelor.

În același sens, amintim prevederile art. 10 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, republicată. De asemenea, conform art. 64 alin. (4) lit. c), lucrările repartizate unui procuror pot fi trecute altui procuror dacă se constată că acesta a lăsat cauza în nelucrare în mod nejustificat mai mult de 30 de zile.

În cadrul desfășurării procesului penal în România, există o serie de instrumente legale prin intermediul cărora se încearcă respectarea termenului rezonabil de soluționare a unei cauze penale, în atingerea scopului prevăzut chiar în art. 1 C.pr.pen., și anume pentru “constatarea **la timp** și în mod complet a faptelor care constituie infracțiuni, astfel ca orice persoană care a săvârșit o infracțiune să fie pedepsită potrivit vinovăției sale și nici o persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală”.

În acest sens, vom analiza succint reglementări existente în Codul de procedură penală din România, care se constituie în marea lor majoritate în încercări de a conferi mai multă substanță principiului celerității procesului penal.

³¹ 730 III. Comp. Stat. 5/3-8-10 (2006).

³² *Wooddell*, 847 N.E.2d at 120.

³³ 219 III. 2d 166, 847 N.E.2d 117 (2006).

³⁴ . *Wooddell*, 847 N.E.2d at 121.

2.2. Dispoziții legale procesual penale de noutate care se constituie în argumente în favoarea celerității procesului penal

Imunitățile de urmărire penală. În primul rând este necesar să ne referim la modificările intervenite în ultimii ani, în conformitate cu care au fost eliminate o serie de norme care aduceau atingere oficialității procesului penal, prin procedura derogatorie de la dreptul comun, în special cu privire la declanșarea urmăririi penale. Facem precizarea că aceste modificări legislative au fost determinate, printre altele, și de Recomandarea nr. XII cuprinsă în Raportul grupului de state împotriva corupției al Consiliului Europei (GRECO) adoptat la Plenara din 28.06.-02.07.2004 care recomanda României ca legislația națională să se modifice în sensul restrângerii categoriilor de persoane care se bucură de imunitate de urmărire. Astfel, s-a eliminat imunitatea avocaților, notarilor și executorilor judecătorești și s-a urmărit implementarea unui tratament nediferențiat.

În acest sens, conform art. 37¹ din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, urmărirea penală și trimiterea în judecată a avocatului pentru fapte penale săvârșite în exercitarea profesiei sau în legătură cu aceasta se putea face numai cu aprobarea procurorului general al parchetului de pe lângă curtea de apel în a cărei rază de competență s-au săvârșit faptele. În prezent, aceste dispoziții sunt abrogate ca urmare a art. I pct. 1 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 190/21.11.2005³⁵.

Un text similar se regăsea în art. 31 din Legea nr. 36/12.05.1995 a notarilor publici și a activității notariale³⁶, în conformitate cu care notarii publici nu puteau fi cercetați, percheziționați, reținuți, arestați sau trimiși în judecată penală ... fără avizul ministrului justiției, pentru fapte săvârșite în legătură cu exercițiul activităților profesionale. Această dispoziție, însă, a fost abrogată prin art. I pct. 1 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 25/31.03.2005³⁷.

De asemenea, conform art. 36 din Legea nr. 188/1.11.2000 privind executorii judecătorești³⁸, aceștia nu puteau fi cercetați, percheziționați, reținuți, arestați sau trimiși în judecată penală fără avizul ministrului justiției, pentru faptele săvârșite în legătură cu exercițiul activității lor profesionale, cu excepția infracțiunilor flagrante. Textul în discuție a fost abrogat prin art. II pct. 8 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 190/21.11.2005.

În același sens, conform art. 91 alin. (2) din Legea nr. 92/1992 pentru organizarea judecătorească, magistrații nu puteau fi cercetați, reținuți, arestați, percheziționați sau trimiși în judecată fără avizul ministrului justiției. Acest text de lege, actualmente ieșit din vigoare, a fost interpretat în jurisprudența națională în sensul că pentru acest set de 5 acte procesuale de dispoziție era necesar avizul ministrului justiției. Ori această procedură avea ca principal efect extinderea nejustificată a intervalului de timp necesar soluționării respectivei cauze. În prezent, conform art. 100 alin. (2) din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, republicată, judecătorii, procurorii și magistrații-asistenți pot fi percheziționați, reținuți sau arestați preventiv numai cu încuviințarea secțiilor Consiliului Superior al Magistraturii. În aceste condiții, observăm că cele mai importante acte procesuale necesare trimiterii unui dosar penal în fața instanței de judecată (începerea urmăririi penale, respectiv trimiterea în judecată prin rechizitoriu) nu mai sunt supuse condiției existenței vreunui aviz prealabil.

Procedura neînceperii urmăririi penale și a încetării urmăririi penale. Prin Legea nr. 281/2003 a fost introdus în art. 10 un nou impediment în ceea ce privește punerea în mișcare ori exercitarea urmăririi penale, și anume *cauzele de nepedepsire*. Cu toate acestea, nu s-au operat

³⁵ Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 190/21.11.2005 a fost publicată în M. Of. nr. 1179/28.12.2005.

³⁶ Legea nr. 36/12.05.1995 a notarilor publici și a activității notariale a fost publicată în M.Of.nr. 92/16.05.1995.

³⁷ Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 25/31.03.2005 a fost publicată în M. Of. nr. 278/4.04.2005.

³⁸ Legea nr. 188/1.11.2000 privind executorii judecătorești a fost publicată în M. Of. nr. 559/10.11.2000.

modificările care se impuneau și în ceea ce privește procedura încetării urmăririi penale, practic procurorul neputând dispune această soluție, în ipoteza în care ar fi constatată existența vreunei cauze de nepedepsire dintre cele expres prevăzute în lege. În acest fel, spre exemplu, autodenunțatorul unei infracțiuni de dare de mită ar fi trebuit să fie trimis în judecată, întrucât doar judecătorul ar fi putut să însoțească autodenunțul acestuia de efecte juridice. Prin modificările aduse prin Legea nr. 356/2006 s-a remediat aceasta inadvertență, în acest fel contribuindu-se și la reducerea duratei procedurilor penale.

Procedura recuzării. Astfel, conform art. 52 alin. (6) C.pr.pen., încheierea prin care s-a admis sau s-a respins abținerea, ca și aceea prin care s-a admis recuzarea, *nu sunt supuse nici unei căi de atac*. Prin Legea nr. 281/2003 a fost introdus art. 52 alin. (7) C.pr.pen., în conformitate cu care “Încheierea prin care s-a respins recuzarea poate fi atacată numai cu recurs, în termen de 48 de ore din momentul pronunțării și dosarul se înaintează de îndată instanței de recurs. Recursul se judecă în termen de 48 de ore din momentul primirii dosarului, în camera de consiliu cu participarea părților”. Ulterior, prin intermediul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 55/2004, art. 52 alin. 7 a fost abrogat, urmărindu-se necesitatea eliminării neîntârziată a posibilității de exercitare abuzivă a drepturilor procesuale, care împieteză asupra desfășurării în condiții normale a procesului penal. În acest mod, încercându-se eliminarea unor eventuale abuzuri, legiuitorul a adus atingere altor principii ale procesului penal, cum ar fi, spre exemplu, aflarea adevărului.

În acest sens, făcând o interpretare logică a dispozițiilor art. 52 alin. 6, urmare a raționamentului *per a contrario*, rezultă că încheierea prin care a fost respinsă recuzarea este supusă căilor de atac. Având în vedere importanța acordată de legiuitor instituției incompatibilității precum și instituțiilor abținerii și recuzării, importanță subliniată prin frecvențele și consistentele modificări legislative precum și ținând seama de consecințele care s-ar putea produce prin rezolvarea cauzelor de către judecători sau procurori aflați în situații de incompatibilitate, apreciem că încheierea prin care a fost respinsă cererea de recuzare poate fi atacată cu recurs care trebuie să se judece separat și imediat. În ipoteza în care ar fi exercitată o cale de atac împotriva încheierii de respingere a recuzării și aceasta s-ar judeca odată cu fondul cauzei consecințele ar fi numai de ordin formal și ar împieta grav asupra actului de înfăptuire a justiției.

Având în vedere cele arătate mai sus apreciem că, *de lege ferenda*, se impune reglementarea expresă a recursului împotriva încheierilor prin care a fost respinsă cererea de recuzare.

Noi obligații instituite în sarcina învinuitului și inculpatului în procesul penal. În vederea asigurării unui contact mai eficient cu învinuitul sau inculpatul, conform art. 70 alin. (4) C.pr.pen.³⁹, „învinuitului sau inculpatului i se aduce la cunoștință și obligația să anunțe în scris, în termen de 3 zile, orice schimbare a locuinței pe parcursul procesului penal”. În acest fel, se încearcă constituirea unui cadru legal care să ofere garanții suplimentare că cel mai important subiect procesual al cauzei penale poate fi audiat ori chemat să participe la diferite acte de urmărire penală, prezența acestuia reprezentând o premisă, în egală măsură, atât pentru aflarea adevărului cât și pentru garantarea exercitării dreptului la apărare. Norma în discuție a fost întărită prin prevederile din art. 198 alin. (4) lit. i) C.pr.pen., în conformitate cu care nerespectarea de către învinuit sau inculpat a obligației de a încunoștința în scris, în termen de 3 zile, organele judiciare despre orice schimbare a locuinței pe parcursul procesului penal reprezintă abatere judiciară și se sancționează cu amendă de la 500 de lei la 5.000 de lei.

În aceeași finalitate se înscrie și introducerea în lege a măsurilor care se impun a fi luate ori care se pot lua față de învinuitul sau inculpatul arestat preventiv față de care s-a dispus liberarea

³⁹ Alin. (4) al art. 70 a fost introdus prin art. I pct. 38 din Legea nr. 356/2006.

provizorie. Astfel, liberarea provizorie presupune, în mod obligatoriu, luarea următoarelor măsuri, conform art. 160² alin. (3): 1) să nu depășească limitat teritorială fixată decât în condițiile stabilite de instanță; 2) să se prezinte la organul de urmărire penală sau, după caz, la instanța de judecată, ori de câte ori este chemat; 3) să se prezinte la organul de poliție desemnat cu supravegherea de instanță, conform programului de supraveghere întocmit de organul de poliție sau ori de câte ori este chemat; 4) să nu își schimbe locuința fără încunoștința instanței care a dispus măsura; 5) să nu dețină, să nu folosească și să nu poarte nici o categorie de arme.

Măsurile care pot fi dispuse față de învinuit sau inculpat sunt, conform art. 160² alin. 3¹ C.pr.pen., următoarele: 1) să poarte permanent un sistem electronic de supraveghere; 2) să nu se deplaseze la anumite spectacole sportive sau culturale sau în orice alte locuri stabilite; 3) să nu se apropie de persoana vătămată, membrii familiei acesteia, persoana împreună cu care a comis fapta, martori, experți ori alte persoane stabilite de instanță și să nu comunice cu acestea, direct sau indirect; 4) să nu conducă nici un vehicul sau anumite vehicule stabilite; 5) să nu se afle în locuința persoanei vătămate; 6) să nu exercite profesia, meseria sau să nu desfășoare activitatea în exercitarea căreia a săvârșit fapta.

Tot acest set de măsuri care se pot dispune sau care se dispun în mod obligatoriu, în vederea încercării de a se facilita desfășurarea procesului penal, sunt dublate de prevederile art. 160² alin. (3²) C.pr.pen., în conformitate cu care învinuitului sau inculpatului i se atrage atenția că, în caz de încălcare cu rea-credință a obligațiilor care îi revin, se va lua față de acesta măsura arestării preventive.

Procedura plângerii la instanță împotriva actelor de netrimitere în judecată. Având caracter de noutate în procedura penală din România, instituția plângerii împotriva actelor de netrimitere în judecată a fost introdusă prin Legea nr. 281/2003. În acest fel, în exercitarea dreptului de a accede la instanță, persoanele nemulțumite de soluția procurorului de scoatere de netrimitere în judecată pot ataca actul de dispoziție la instanță, în condițiile art. 278¹ C.pr.pen. În reglementarea acestei instituții, legiuitorul a avut în vedere, în afara liberului acces la instanță, și operativitatea procesului penal întrucât, printre soluțiile enumerate în art. 278¹ C.pr.pen. se regăsesc și unele instrumente al căror scop este tocmai celeritatea soluționării respectivei cauze penale. Astfel, în conformitate cu art. 278¹ alin. (8) lit. c) C.pr.pen. magistratul judecător, admitând plângerea prin încheiere, desființează rezoluția sau ordonanța atacată și, când probele existente la dosar sunt suficiente, reține cauza spre judecare, în complet legal constituit.

Din aceste dispoziții rezultă că respectiva cauză poate fi soluționată direct de către instanța de judecată fără ca procurorul să se pronunțe asupra trimiterii în judecată prin rechizitoriu.

2.3. Dispoziții legale procesual penale de noutate care reprezintă limitări ale operativității

Procedura plângerii prealabile. În domeniul pe care îl analizăm, al operativității procesului penal, semnalăm modificările survenite în materia plângerii prealabile. Astfel, conform art. 197 alin. (2) lit. a) C.pr.pen., anterior adoptării Legii nr. 356/2006, pentru o serie de infracțiuni plângerea prealabilă se adresa direct instanței de judecată. În aceste ipoteze se constata o reducere temporală a procesului penal, întrucât lipsea faza prealabilă a urmăririi penale. În acest sens, în majoritatea lucrărilor de specialitate se afirma că instituția acțiunii penale directe reprezenta exemplificarea cea mai elocventă a procesului penal desfășurat într-un mod atipic.

Ca urmare a adoptării Legii nr. 356/2006, *de lege lata*, s-a reglementat introducerea plângerii prealabile, indiferent de infracțiunea săvârșită, la organele de urmărire penală competente, actuală procedură conducând la constatarea că procesele penale având ca obiect asemenea infracțiuni vor avea un interval de soluționare mai mare.

Pentru a ne situa pe o poziție de neutralitate în conflictul dintre principiile procesului penal, remarcăm însă că legiuitorul a consacrat în acest mod mai multe garanții pentru o justă soluționare a cauzei, prin respectarea aflării adevărului. Astfel, chiar dacă aceste cauze se caracterizează prin simplitate, activitatea desfășurată de organele de urmărire penală pot avea drept efect soluționarea echitabilă a conflictului de drept.

Concluzii

Deși dreptul la un proces desfășurat cu respectarea principului celerității este garantat în Statele Unite atât prin norme constituționale cât și prin norme statutare, modalitățile de exercitare ale garanțiilor procedurale variază în funcție de valorile specifice protejate. Într-o abordare constituțională, se utilizează o analiză multifactorială; totuși, inculpatul trebuie, de regulă, să dovedească existența unui prejudiciu ca să poată obține achitarea. Pe de altă parte, normele statutare prevăd termene fixe, de decădere, fără condiția probării vreunui prejudiciu.

În ceea ce privește practica, aceste reglementări duc la concluzia că doar cele mai ieșite din comun întârzieri vor permite îndeplinirea standardelor constituționale, în timp ce majoritatea încălcărilor vor cădea sub incidența normelor statutare. În sfârșit, deși întrucâtva complex și dificil în ceea ce privește calcularea termenelor pertinente, în general, în Statele Unite ale Americii este asigurat cadrul legal în vederea remedierii eficiente a încălcării dreptului la un proces desfășurat cu respectarea principului celerității.

Cu referire la termenul rezonabil de derulare a cauzelor penale în România, amintim faptul că pe rolul Curții Europene a Drepturilor Omului se găsesc numeroase cereri îndreptate împotriva României, prin care se solicită constatarea încălcării dreptului la un proces echitabil, din perspectiva duratei nerezonabile a procedurilor judiciare penale. Trebuie totuși să remarcăm faptul că reglementările în domeniu au fost îmbunătățite semnificativ, uneori în detrimentul unor alte principii ale procesului penal, cum ar fi, spre exemplu, principiul separațiilor funcțiilor judiciare. Astfel, se încadrează în acest exemplu, posibilitatea legală conferită magistratului judecător de a dispune reținerea cauzei spre judecare fără a fi fost sesizat prin rechizitoriul procurorului.

CONTROVERSY REGARDING THE ACTIVE SUBJECT OF THE INFRACTION OF MONEY LAUNDRY¹

Mihai HOTCA^{**}
Silvia NIȚU^{***}

Abstract

De lege lata, in the Romanian criminal law, the matter of the circumstance of the persons that can have the capacity of active subjects of the infraction of money laundry is. Mainly, it is about the answer to the question: Can the participant to the infraction from which come laundered assets (deliquens principale) be active subject of the infraction of money laundry? The legal practice is uneven and the doctrine is, in its turn, divided in this matter. Next, we will try to present the arguments that support the two points of view and we will try to answer the above asked question.

Keywords: money laundry, main infraction (deliquens principale), subsequent infraction (deliquens subsequens), concealment, favouring of the offender.

Introduction

In the Romanian criminal law, the infraction of money laundering, under this name, appeared in 1999, because the first regulation of the deed of money laundering took place by means of Law no. 21/1999. This law was repealed by Law no. 656/2002 for the prevention and sanction of money laundering. The circumstance matter of the persons that can be active subjects of the infraction of money laundering is topical and is unsolved unitarily either in the specialty theory or in the legal practice, not only in our law, but also in the law of other countries (for instance, German law, French law etc.).

The modern form of money laundering is attributed to the American gangster Al Capone, who, during 1920-1930, opened in USA laundries by means of which it was created the facade of legality of the funds obtained from committing the infraction². In fact, the expression of „money laundering” was not „invented” by Al Capone or other offenders contemporary to him, but it was him, together with other gangsters, that developed the methods of money laundering in the context of the prohibition and the economic crisis through which the USA went through between the two world wars, period during which the outlaw gangs strewed the entire country over with laundries (dry cleaning laundries) that would offer beside the regular services, also services of cleaning laundry. Gangsters, such as the famous Al Capone or Bugsy Moran, opened laundries for „whitening the dirty money” by using a simple scheme: they would mix black money obtained from committing infractions (for instance, bootlegging), with the money obtained from the laundering (very little, because the population did not have money in the context of the crisis), and managed this way to introduce very large amounts of dirty money in the legal circuit³.

* This paper has been prepared within the research project „Standardization of Judicial Practice and Harmonization With the ECHR Jurisprudence, a Mandatory Condition to Enforce Justice. Legislative Proposal to Grant Aconsistent Judicial Practice” (ID-1094) financed by the Romanian Minister of Education, Research, Youth and Sports.

** Associate professor, Ph.D., Dean of the Law Faculty, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: mihaihotca@gmail.com).

*** Prosecutor, Ph.D. candidate, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest.

² M. Mutu, *Money laundering – legal- criminal aspects*, post-graduation thesis, Chișinău, 2005, page 9.

³ See: M. Mutu, quoted work, page 19; M. Hotca, M. Dobrinoiu, *Infractions stipulated by the special laws*, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, 2008, page 295.

The first use of the syntagm of “money laundering” took place in 1973 by the newspaper The Guardian during „Watergate” scandal in which the former American president Richard Nixon was involved⁴. After this scandal, the expression of “**money laundering**” started to be used on a greater scale and nowadays has come to be used on a worldwide scale.

The current status of integrating the worldwide financial system at the same time with optimizing the communication technologies, favoured the disappearance of some territorial barriers, so that the parties interested in carrying on some operations regarding the dirty money laundering got new tools, such as the fictive relocation of the registered office to *off-shore* area or using the Internet for banking transfers from the distance⁵.

Analysing the content of the legal norms that regulate the domain of preventing and sanctioning the money laundering, we find that the deeds of money laundering are not regulated correspondingly; one of the causes of this situation is that the states interested in the prevention and sanction of these deeds have different concepts and regulations regarding the content of the “money laundering phenomenon”, including regarding the possibility of sanctioning the participant to the infraction from which the laundered assets come.

The specialty literature in Romania is divided with regard to solving the matter whether the participant to the main infraction can or can not be the active subject of the money laundering infraction. Although there are more studies that deal with this matter, we consider that, so far, not all the scientific arguments that allow the reader to opt for one of the two solutions, by having at disposal all the arguments have been expressed.

Presentation of the evolution of the Romanian legislation in terms of money laundering

Until 2002, when Law no. 656/2002 came into force, the deeds of money laundering were stipulated and sanctioned within art. 23 of Law no. 21/1999, according to which:

The infraction of money laundering is and is punished with imprisonment from 3 to 12 years:

a) exchange or transfer of assets, knowing that these come from committing some infractions: drug traffic; failure to observe the regime of weapon and ammunitions in severe form; failure to observe the regime of nuclear material or other radioactive materials; failure to observe the regime of explosive materials; forgery of currency or other assets; whoremongering; smuggling; blackmail; illegal deprivation of freedom; fraud in the banking, financial or insurance domain; fraudulent bankruptcy; theft and concealment of cars; failure to observe the protection regime of some assets; traffic with animal protected by law in their country; traffic with human tissues and organs; infractions committed by means of computers; infractions committed with credit cards; infractions committed by persons that belong to associations of offenders; breaking the provisions regarding the import of waste and residues; breaking the provisions regarding the gambling; for the purpose of concealing or dissimulating their illegal origin as well as for the purpose of concealing and favouring the persons involved in such activities or presumed to elude from the legal consequences of their deeds;

b) concealment or dissimulation of the real nature of the origin, appurtenance, provision, circulation of the ownership of the assets or of the right over them, knowing that these assets come from committing one of the infractions stipulated by letter a);

⁴ The Committee for the Re-election of President (CRP) Richard Nixon ordered the transfer of certain funds to Mexico, and then they came back to the United States of America and were transferred to a company in Miami.

⁵ See also C. Adochiței, I. Adochiței, *Money laundering*, Penal Law Review, no. 1/2003, page 97.

c) obtaining, possession and use of assets knowing that these assets come from committing one of the infractions stipulated by letter a).

In 2002, Law no. 21/1999 was repealed by Law no. 656/2002 because it was considered that it did not satisfy the real needs of preventing and sanctioning the deeds of money laundering and the exigencies of the European Union in this domain.

In 2004, through Law no. 301/2004, it was repealed a new Criminal code that contains incrimination norms similar to those in Law no. 656/2002⁶. This Criminal code hasn't come yet into force, because it has not been repealed also a Code of criminal procedure corresponding to the new legal provisions. As for us, we think that this one will never come into force because a new Criminal code bill is registered with the Parliament of Romania, substantially different from the other one, together with the bill of Code of criminal procedure.

As for Law no. 656/2002, this brought substantial modification to the legal definition of the infraction of money laundering existing in Law no. 21/1999. According to art. 23, the infraction of money laundering is and is punished with imprisonment from 3 to 12 years:

a) exchange or transfer of assets, knowing that they come from committing infractions for the purpose of concealing or dissimulating the illegal origin of the assets or for the purpose of helping the person that committed the infraction from which the assets come to elude from the pursuit or execution of the punishment;

b) concealment or dissimulation of the true nature of the origin, situation, provision, circulation or ownership of the assets or of the right over them, knowing that the assets come from committing one of the infractions;

c) obtaining, possession and use of assets, knowing that these assets come from committing one of the infractions.

Besides the differences regarding the objective content, the new law does not make a listing of the premise- infractions of money laundering, as Law no. 21/1999 did, so its application domain has, at least theoretically, extended comparatively to the previous law.

In the initial form, art. 23 of Law no. 656/2002 contained a (second) paragraph that sanctioned the deed of association to commit infractions of money laundering. This paragraph was repealed through art. 34 of Law no. 39/2003. Besides the above- mentioned legislative modification, Law no. 656/2002 underwent more successive modifications and completions⁷, but the most important are ones occurred through Government Emergency Ordinance Government Emergency Ordinance no. 53/2008.

Government Emergency Ordinance no. 53/2008 regarding the modification and completion of Law no. 656/2002⁸ was repealed as a result of the engagements taken by Romania within the Adhesion treaty to the European Union and was determined by the necessity to transpose in the internal legislation Directive 2005/60/CE of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing⁹ and Directive 2006/70/CE of the European Commission of 1 August 2006 laying down implementing measures for Directive 2005/60/EC of the European

⁶ M. Hotca, M. Dobrinoiu, *op. cit.*, page 296. For the analysis of the content of the money laundering within the Criminal code since 2004, See V. Dobrinoiu, *Criminal law. Special part, vol. I*, Lumina Lex Publishing, Bucharest, 2004, page 383-387.

⁷ It is about Law no. 230/2005, Government Emergency Ordinance no. 135/2005, Law no. 36/2006, Law no. 405/2006 and Law no. 306/2007.

⁸ Official journal no. 333 on 30 April 2008. See O. Schmidt Hăineală, *Recent legal modifications in the domain of preventing and sanctioning the money laundering and preventing and combating the terrorist deeds in the context of the strategy of the European and International security*, Law Review no. 1/2009, page 174-183.

⁹ Published in the Official journal of the European Union, series L no. 309 on 25 November 2005.

Parliament and of the Council as regards the definition of ‘politically exposed person’ and the technical criteria for simplified customer due diligence procedures and for exemption on grounds of a financial activity conducted on an occasional or very limited basis¹⁰.

The modifications brought by Law no. 656/2002 have in view the provenience as well as the prevention and sanctioning of money laundering, and the implementation of some measurements of preventing and combating the financing of some terrorism deeds that correspond to the European and national policy in the domain.

The active subject of the infraction of money laundering *de lege lata*

Although the modifications and completions operated through Government Emergency Ordinance no. 53/2008 are generally appropriate, the legislator hasn’t nevertheless managed to cover all the previous shortcomings. We have in view the domain of the active subjects of the infraction and the delimitation from the concealment and favouring of the offender.

From the reading of the incriminating text, it comes out that the active subject of the infraction of money laundering is not precisely qualified by law and that any person that meets the general conditions of the active subject of the infraction can have this capacity. Nevertheless, in our opinion, the participant to the main infraction (*delictum principale* – from which the whitened asset comes) can not be the active subject of the infraction of money laundering (*delictum subsequens*), if he has the capacity of active subject of the first infraction, because he has become the holder of the asset by committing the main infraction¹¹.

We also think that the principle of *non bis in idem*, according to which a person can be held criminally responsible for the same deed only once would be broken. Neither the American law (U.S.A.) sanctioned the person that committed the main deed (§1957) and, according to a part of the doctrine, nor the German law incriminates the deed to the participant to the main infraction, except for the accomplice that can be sanctioned if he can get a severer punishment for the main infraction¹².

In our doctrine, there are authors that consider that the participant to the main infraction can be the active subject of the infraction stipulated by art. 23 of Law no. 656/2002. In supporting this point of view, it is indicated that the syntagm „knowing that the assets come from committing infractions” can be interpreted with regard to the psychical position of the doer of the main infraction, which means that it is imperative that the latter should not be mistaking about the criminal character of the committed deed, because, otherwise, the antijuridicity of the infraction of money laundering, but also of the main infraction would be removed¹³.

¹⁰ Published in the Official journal of the European Union, series L no. 214 on 4 August 2006. The ratifying of Government Emergency Ordinance no. 53/2008 was also determined by the necessity of taking some measures regarding the application of Regulation of the European Parliament and of the Council no. 1.781/2006 on 15 November 2006 with regard to the information on the payer that accompanies the fund transfers (published in the Official journal of the European Union, series L no. 345 on 8 December 2006).

¹¹ Ibidem. See also M. Mutu, quoted work, page 117. For instance, the legislation of the Principality of Liechtenstein considers that the assets can be laundered only by a person that did not take part to the premise-infraction. The person that committed the primary infraction can be held responsible only for this infraction, but not also for the further deeds regarding the assets obtained from committing the premise infraction. For a similar point of view, see D Ciuncan, A. Niculiță, *Active subject of the infraction of money laundering*, Penal Law Review, no. 2/2006, page 107-108.

¹² See M. Mutu, quoted work 33.

¹³ See P. Munteanu, *Few distinction elements between money laundering, concealment and favouring*, in Criminal Law Notebooks no. 1/2008, page 44. See also the note of prof. G. Antoniu to D Ciuncan, A. Niculiță, quoted work, page 108.

We consider that this opinion can not be accepted for the following reasons: the syntagm „knowing that the assets come from committing infractions” is used by the legislator first in order to exclude from the domain of the active subjects the persons that took part to the committing of the infractions from which the assets that form the object of the money laundering come. If this expression had been used in order to include in the domain of the active subjects also the participants from the premise- infraction, it would have been useless, because the person that committed the infraction from which the assets came knew the circumstance that that deed was infraction. If the participant does not know this fact, he can not be the active subject of the main infraction, in which case he can eventually get the capacity of active subject of the infraction of money laundering, if he knows that those assets come from committing an infraction.

Second, the concealment or dissimulation are essentially activities made on purpose, so it is not necessary the stipulation regarding the knowing of the origin of the assets, because the purpose of the doer is to mask the infractional origin of the assets that come from committing infractions. Because it is about comissive deeds as nature, the mention regarding the knowing of the origin of the assets is not necessary, because the form of guilt required for the action deeds is intention according to art. 19 paragraph (2) Criminal code.

On the other hand, the legislator uses a similar formulation also in the case of the infractions of concealment and nobody has said that the person that committed the infraction from which the concealed asset came can be the active subject of the infraction of concealment. On the contrary, in the recent legal practice, it has been considered that the one that took part as accomplice to the infraction from which the asset comes can not be receiver¹⁴.

As a result, we appreciate that the significance of the syntagm „ knowing that the assets come from committing infractions” is precisely that to exclude from the domain of the active subjects the ones that committed infractions from which the laundered assets come

In any case, we consider that it is necessary the intervention of the legislator; our option is in the sense that the person that committed the infraction from which the asset came should be excluded from the domain of the persons that can have the capacity of subject of the infraction of money laundering.

The infraction of money laundering can subsist even if the doer of the primary infraction is not criminally sanctioned, if it can be found that the premise- deed meets the elements of an infraction. For instance, a cause that excludes the criminal liability or the execution of the criminal law sanctions is incident.

In the French legal practice, on 14 January 2004, it was given a decision through which the Court of Cassation considered that the doer of the main infraction can also be the active subject of the infraction of money laundering¹⁵. In the trial in which it was given the above- mentioned resolution, a nature entity convicted for clandestine work and fiscal fraud that was prosecuted for taking part to the operation of dissimulation of the product of these infractions was convicted also for the clandestine transfer abroad of the product of these infractions¹⁶. In the French doctrine the decision was criticized¹⁷.

¹⁴ See I.C.C.J., S.U., decision no. 2/2008. According to this decision: “In the case of the existence of a first deed of concealment followed by another action of the same receiver that promises that he will assure the continuing capitalization also of other taken assets, the constitutive elements of complicity to the infraction of theft in simple and continuing form, depending on the case, in real concurrence with the infraction of concealment are met, even if the anticipated promise of concealment of the assets was not carried out”.

¹⁵ See W. Jeandier, *Droit pénal des affaires, Précis*, Dalloz, 2003, no. 21.

¹⁶ See: L’arrêt de la Cour de Cassation de la France du 14 janvier 2004. Chambre criminelle, Recueil Dalloz, 2004, no. 19, page 1377; Le blanchiment de soi-même. Droit pénal (éditions du Juris-Classeur), April 2004, page 10, apud M. Mutu, quoted work, page 118.

¹⁷ See: C. Chantal, *L’auteur de l’infraction principale et le blanchiment*, Recueil Dalloz, 2004, no. 19, page 1377-1381; M. Haritin, *La répression du blanchiment d’argent*, Revue de Droit Bancaire et Financier, 2002, no. 6

In the Russian Federation, according to the decision of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation, the main infraction comes in concurrence with the infraction of money laundering¹⁸.

The plurality of offenders is possible under all forms, but usually it gets the form of set plurality and rarely of that of occasional plurality. Although the committing by a sole person is not excluded, the deeds of money laundering are committed in almost all cases under the form of plurality of offenders.

In the domain of the infraction of money laundering, as well as that of other infractions stipulated by Law no. 39/2003 regarding the combat of the organised crime, the plurality is considered organised criminality and belongs to the category of aggravate infractions¹⁹. The expression through which Law no. 39/2003 assigns the plurality set by offenders is „organized infractional group”. The organized infractional group is a structured group made out of three or more persons, that exists for a period of time and takes actions cooperatively for the purpose of committing one or more aggravate infractions in order to obtain directly or indirectly a financial benefit or other material benefits. The group set up occasionally for the purpose of immediately committing one or more infractions and that has no continuance or determined structure or previously set roles for its members within the group is not an organized infractional group.

If both the conditions of existence of the organized infractional group and those of the infraction of money laundering are met, the rules of the plurality of infraction are applied. The members of the plurality of infractions can have the same capacity at the committing of the infraction or can have different capacities. For instance, besides the doers, take part also instigators or accomplices. According to art. 7 of Law no. 39/2003, the initiation or setting up of an organized infractional group or the adhesion under any form to such a group is punished with imprisonment from 5 to 20 years and deprivation of some rights.

Conclusions. De lege ferenda

Taking into consideration the above- mentioned arguments, we iterate our opinion according to which *de lege lata* the doer, co- doer, accomplice or instigator to the infraction from which the whitened assets come can not have the capacity of active subjects of the infraction of money laundering, because it could reach to the inadmissible conclusion that any person that holds assets that come from other infractions could commit this infraction. For instance, thief, burglar, etc. The applicability domain of the infraction of concealment or favouring of the offender would also be limited and even excluded.

Within the bill of the new Criminal code, the ones that drew it up tried to rectify the criticisable aspects contained within Law no. 656/2002 and suggested a new content of the incrimination norm.

According to art. 269 of the new bill of Criminal code (situated within title IV – *Infractions against justice*):

“(1) Any legal operation run for the purpose of preventing the identification of the illicit origin, location, circulation, real owner of the ownership right or existence of other rights regarding an asset by a person that either knew, realised from real facts that this one came from

(November/ December), page 362-365; V. Malabat, *Droit penal special*, Dalloz, 2003, apud C. Bogdan, *Penal Law Review* no. 4/2006, page 128.

¹⁸ See: M. Mutu, quoted work, page 44; C. Bogdan, quoted work, page 129.

¹⁹ According to art. 1 letter b) of Law no. 39/2003, the aggravate infraction is: „the infraction that belongs to one of the following categories: (...) 14. money laundering.”

committing a deed stipulated by the criminal law, even without knowing its nature, is punished with imprisonment from 5 to 20 years and deprivation of some rights.

(2) The deed is an infraction even when it was committed by the doer or a participant to the deed stipulated by the criminal law from which the asset came.

(3) The attempt is punished²⁰.

In the presentation of the reasons that accompany the new bill of Criminal code, it is indicated that the redefinition of the infraction was determined by the way in which the provisions regarding the money laundering in the European treaty on laundering, discovery, putting under distraint and confiscation of the products concluded in Strasbourg on 08.11.1990 were transposed in the criminal legislation, but also by the experience of the legal practice.

An intervention of a legislator is considered necessary in order to clarify both the content of the infraction of money laundry and the delimitation of this deed from the content of the infraction of concealment.

Indeed, it was rightfully found by the drawing up commission that the provisions of the European commission in this domain had not been transposed, but just translated and repealed without taking into consideration that a part of these provisions were already in the national legislation under a different form.

On the other hand, it is clarified the dispute regarding the possibility of retaining the infraction of money laundering in charge of the doer or participant to the committing the main infraction from which the asset comes; the suggested solution pleaded for an affirmative answer

The provisions of art. 6 paragraph (2) letter. c) of the European treaty on laundering, discovery, putting under distraint and confiscation of the products of the infraction according to which the knowing of the illicit origin of the asset can be deduced also from the real circumstances of committing the deed were considered efficient.

Although the drawing up commission of the bill expressed its opinion that, in the new regulation of the infraction of money laundering, it is clearly underlined the distinction between the infraction of money laundering and the one of concealment by eliminating from the content of the current incrimination letter c) of art. 23 of Law no. 656/2002, that overlaps the content of the infraction of concealment, we believe that neither the current form of the incrimination norm is appropriate, because it does not offer a criterion regarding the modality how the delimitation between “*any legal operation run for the purpose of preventing the identification of the illicit origin, location, circulation, real owner of the ownership right or existence of other rights regarding an asset*” (formulation existing in the case of money laundering) and “*receipt, obtaining, transformation or facility of capitalization of an asset*” (in the case of concealment) or “*help given to the doer for the purpose of preventing or making more difficult the researches in a criminal case, execution of a punishment or freedom depriving measures*” (in the case of favouring the offender) will be made.

As for us, we consider that *de lege ferenda* the setting of a value threshold or the precise mention of the premise- infractions are necessary. Our unequivocal option is for the second variant.

The problem whether the participant to the infraction from which the laundered money come can or can not be the active subject of the infraction of money laundering is a controversial one both in the Romanian law and in the law of other countries.

²⁰ The suggested text was inspired by the similar regulations of some European legislations such as art. 648 bis of the Italian Criminal code, § 261 of the German Criminal code, art. 324-1 of the French Criminal code, art. 301 of the Spanish Criminal code and Chapter 32 – Section 6 of the Finnish Criminal code.

CONTROVERSA PRIVIND SUBIECTUL ACTIV AL INFRAȚIUNII DE SPĂLARE A BANILOR*

Mihai HOTCA**
Silvia NIȚU***

Abstract

De lege lata, în dreptul penal român, este controversată chestiunea sferei persoanelor care pot avea calitatea de subiecți activi ai infracțiunii de spălare a banilor. Este vorba, în principal, despre răspunsul la întrebarea: Poate fi subiect activ al infracțiunii de spălare a banilor participantul la infracțiunea din care provin bunurile albite (deliquens principale)? Practica judiciară este neunitară, iar doctrina este și ea divizată în această problemă. În rândurile ce urmează vom prezenta argumentele pe care se sprijină cele două puncte de vedere și vom încerca să dăm un răspuns propriu întrebării adresate mai sus.

Cuvinte cheie: spălarea banilor, infracțiune principală (deliquens principale), infracțiune subsecventă (delinquens subsequens), tăinuire, favorizarea infractorului

Introducere

În dreptul penal român, infracțiunea de spălare a banilor, sub această denumire, a apărut în anul 1999, deoarece prima reglementare a faptei de spălare a banilor a avut loc prin intermediul Legii nr. 21/1999. Această lege a fost abrogată prin Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor. Problema sferei persoanelor care pot fi subiecți activi ai infracțiunii de spălare a banilor este de actualitate și este nerezolvată în mod unitar, atât în teoria de specialitate, cât și în practica judiciară, nu numai în dreptul nostru, ci și în dreptul altor state (de exemplu, dreptul german, dreptul francez etc.).

Forma modernă a spălării banilor este atribuită gangsterului american Al Capone, care, în perioada anilor 1920-1930, a deschis în S.U.A. spălătorii prin intermediul cărora era creată aparența de legalitate a fondurilor obținute din săvârșirea de infracțiuni¹. De fapt, expresia „spălarea banilor” nu a fost „inventată” de Al Capone sau alți infractori contemporani acestuia, ci el, împreună cu alți răufăcători, a dezvoltat metodele spălării banilor, în contextul prohibiției și al crizei economice traversate de S.U.A între cele două războaie mondiale, perioadă în care clanurile mafioate au împânzit țara cu spălătorii (curățătorii chimice) de haine, care ofereau, pe lângă serviciile obișnuite, și servicii de spălare a rufelor. Gangsteri precum celebrul Al Capone sau Bugsy Moran au deschis spălătorii pentru „albirea banilor” murdari folosind o schemă simplă: amestecau banii negrii, obținuți din săvârșirea de infracțiuni (de exemplu, contrabandă cu alcool), cu cei realizați din spălarea hainelor (foarte puțini, deoarece în contextul crizei populația nu avea bani), reușind astfel să introducă în circuitul legal sume foarte mari de bani murdari².

* Studiul a fost elaborat în cadrul proiectului de cercetare “Uniformizarea practicii judiciare și armonizarea cu jurisprudența CEDO, imperativ al înlăptuirii justiției. Propuneri legislative privind asigurarea unei practice judiciare unitare(contract 860/19.01.2009, cod CNCISIS ID-1094) finanțat de Ministerul Educației, Cercetării, Tineretului și Sportului.

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

*** Magistrat procuror, doctorand, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București.

¹ M. Mutu, *Spălarea banilor – aspecte juridico-penale*, teză de doctorat, Chișinău, 2005, p. 9.

² A se vedea: M. Mutu, *op. cit.*, p. 19; M. Hotca, M. Dobrinoiu, *Infracțiuni prevăzute în legi speciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 295.

Prima folosire a sintagmei „spălarea banilor” a avut loc în anul 1973, de către ziarul The Guardian, în timpul scandalului „Watergate”, în care a fost implicat fostul președinte american Richard Nixon³. Ulterior acestui scandal, expresia „**money laundering**” a început să fie folosită pe scară din ce în ce mai largă, ajungând în prezent să fie utilizată la nivel global.

Stadiul actual al integrării sistemului financiar mondial, concomitent cu optimizarea tehnologiilor de comunicare, a favorizat dispariția unor bariere teritoriale, astfel că cei interesați de realizarea unor operațiuni privitoare la spălarea banilor murdari au căpătat noi instrumente, cum ar fi mutarea fictivă a sediului comercial în zone *off-shore* sau folosirea Internetului pentru transferuri bancare de la distanță⁴.

Analizând conținutul normelor juridice care reglementează domeniul prevenirii și sancționării spălării banilor, constatăm că faptele de spălare a banilor nu sunt reglementate corespunzător, una dintre cauzele acestei situații fiind aceea că statele interesate de prevenirea și sancționarea acestor fapte au concepții și reglementări diferite cu privire la conținutul „fenomenului spălării banilor”, inclusiv referitor la posibilitatea sancționării participantului la infracțiunea din care provin bunurile spălate.

Literatura de specialitate din România este divizată în ceea ce privește soluționarea problemei dacă participantul la infracțiunea principală poate sau nu fi subiect activ al infracțiunii de spălare a banilor. Deși există mai multe studii care tratează această chestiune, considerăm că până în prezent nu au fost expuse toate argumentele științifice, care să permită cititorului să opteze având la dispoziție toate argumentele pentru una dintre cele două soluții.

Prezentarea evoluției legislației române în materia spălării banilor

Până în anul 2002, când a intrat în vigoare Legea nr. 656/2002, faptele de spălare a banilor erau prevăzute și sancționate în cuprinsul art. 23 din Legea nr. 21/1999, potrivit căruia:

Constituie infracțiunea de spălare a banilor și se pedepsește cu închisoare de la 3 la 12 ani:

a) schimbarea sau transferul de valori, cunoscând ca acestea provin din săvârșirea unor infracțiuni: traficul de stupefiante; nerespectarea regimului armelor și munițiilor în forma agravantă; nerespectarea regimului materialelor nucleare sau al altor materii radioactive; nerespectarea regimului materiilor explozive; falsificarea de monede sau de alte valori; proxenetismul; contrabanda; șantajul; lipsirea de libertate în mod ilegal; înșelăciunea în domeniul bancar, financiar sau de asigurări; bancruta frauduloasă; furtul și tănuirea de autovehicule; nerespectarea regimului de ocrotire a unor bunuri; traficul de animale ocrotite în țările lor; comerțul cu țesuturi și organe umane; infracțiunile săvârșite prin intermediul calculatoarelor; infracțiunile săvârșite cu cărți de credit; infracțiunile săvârșite de persoane care fac parte din asociații de infractori; nerespectarea dispozițiilor privind importul de deșeuri și de reziduuri; nerespectarea dispozițiilor privind jocurile de noroc; în scopul ascunderii sau disimulării originii ilicite a acestora, precum și în scop de tănuire sau de favorizare a persoanelor implicate în astfel de activități sau presupuse ca s-ar sustrage consecințelor juridice ale faptelor lor;

b) ascunderea sau disimularea naturii reale a provenienței, apartenenței, dispoziției, mișcării proprietății bunurilor sau a dreptului asupra acestora, cunoscând că aceste bunuri provin din săvârșirea uneia dintre infracțiunile prevăzute la lit. a);

c) dobândirea, posesia sau utilizarea de bunuri, cunoscând ca acestea provin din săvârșirea uneia dintre infracțiunile prevăzute la lit. a).

³ Comitetul pentru Realegerea Președintelui (CRP) Richard Nixon a dispus virarea anumitor fonduri în Mexic, după care acestea s-au întors în Statele Unite ale Americii, fiind virate unei companii din Miami.

⁴ A se vedea și C. Adochiței, I. Adochiței, *Spălarea banilor*, Revista de Drept Penal nr. 1/2003, p. 97.

În anul 2002, Legea nr. 21/1999 a fost abrogată prin Legea nr. 656/2002, considerându-se că nu satisface necesitățile reale ale prevenirii și sancționării faptelor de spălare a banilor și nici exigențele Uniunii Europene în această materie.

În anul 2004, prin Legea nr. 301/2004, a fost adoptat un nou Cod penal, care cuprinde norme de incriminare similare cu cele din Legea nr. 656/2002⁵. Acest Cod penal nu a intrat însă în vigoare, deoarece nu a fost adoptat și un Cod de procedură penală corespunzător noilor dispoziții legale. În ceea ce ne privește, credem că acesta nu va intra niciodată în vigoare, întrucât la Parlamentul României este înregistrat un nou proiect de Cod penal, substanțial diferit de celălalt, împreună cu proiectul Codului de procedură penală.

În ceea ce privește Legea nr. 656/2002, aceasta a adus modificări substanțiale definițiilor legale a infracțiunii de spălare a banilor existente în Legea nr. 21/1999. Potrivit art. 23, constituie infracțiunea de spălare a banilor și se pedepsește cu închisoare de la 3 la 12 ani:

a) schimbarea sau transferul de bunuri, cunoscând că provin din săvârșirea de infracțiuni, în scopul ascunderii sau al disimulării originii ilicite a acestor bunuri sau în scopul de a ajuta persoana care a săvârșit infracțiunea din care provin bunurile să se sustragă de la urmărire, judecată sau executarea pedepsei;

b) ascunderea sau disimularea adevăratei naturi a provenienței, a situării, a dispoziției, a circulației sau a proprietății bunurilor ori a drepturilor asupra acestora, cunoscând că bunurile provin din săvârșirea de infracțiuni;

c) dobândirea, deținerea sau folosirea de bunuri, cunoscând că acestea provin din săvârșirea de infracțiuni.

În afara diferențelor privitoare la conținutul obiectiv, noua lege nu face o enumerare a infracțiunilor premisă a spălării banilor, cum făcea Legea nr. 21/1999, astfel că sfera de aplicare a acesteia, cel puțin teoretic, s-a extins comparativ cu legea anterioară.

În forma inițială, art. 23 din Legea nr. 656/2002 cuprindea un alineat (al doilea), care sancționa fapta de asociere pentru săvârșirea infracțiunii de spălare a banilor. Acest alineat a fost abrogat prin art. 34 din Legea nr. 39/2003. În afară de modificarea legislativă menționată mai sus, Legea nr. 656/2002 a suferit mai multe modificări și completări succesive⁶, dar cele mai importante sunt cele intervenite prin O.U.G. nr. 53/2008.

O.U.G. nr. 53/2008 privind modificarea și completarea Legii nr. 656/2002⁷ a fost adoptată ca urmare a urmare a angajamentelor asumate de România în cadrul Tratatului de aderare la Uniunea Europeană și a fost determinată de necesitatea de a transpune în legislația internă Directiva 2005/60/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 octombrie 2005 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor și finanțării terorismului⁸ și Directiva 2006/70/CE a Comisiei Europene din 1 august 2006 de stabilire a măsurilor de punere în aplicare a Directivei 2005/60/CE a Parlamentului European și a Consiliului în ceea ce privește definiția "persoanelor expuse politic" și criteriile tehnice de aplicare a procedurilor simplificate de precauție privind clientela, precum și de exonerare pe motivul unei activități financiare desfășurate în mod ocazional sau la scară foarte limitată⁹.

⁵ M. Hotca, M. Dobrinouiu, *op. cit.*, p. 296. Pentru analiza conținutului spălării banilor în Codul penal din 2004, a se vedea V. Dobrinouiu, *Drept penal. Partea specială*, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p. 383-387.

⁶ Este vorba despre Legea nr. 230/2005, O.U.G. nr. 135/2005, Legea nr. 36/2006, Legea nr. 405/2006 și Legea nr. 306/2007.

⁷ M. Of. nr. 333 din 30 aprilie 2008. A se vedea O. Schmidt Hăineală, *Recentele modificări legislative în domeniul prevenirii și sancționării spălării banilor și prevenirii și combaterii actelor de terorism, în contextul strategiei de securitate europene și internaționale*, Dreptul nr. 1/2009, p. 174-183.

⁸ Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L nr. 309 din 25 noiembrie 2005.

⁹ Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L nr. 214 din 4 august 2006. De asemenea, adoptarea O.U.G. nr. 53/2008 a fost determinată de necesitatea luării unor măsuri privind aplicarea Regulamentului

Modificările aduse Legii nr. 656/2002 vizează atât prevenirea și sancționarea spălării banilor, cât și instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism, care se integrează politici europene și naționale în materie.

Subiectul activ al infracțiunii de spălare a banilor *de lege lata*

Cu toate că modificările și completările operate prin O.U.G. nr. 53/2008 sunt în general corespunzătoare, totuși legiuitorul nu a reușit să acopere toate neajunsurile reglementării anterioare. Avem în vedere, în principal, sfera subiecților activi ai infracțiunii și delimitarea față de tănuire sau favorizarea infractorului.

Din lectura textului incriminator, reiese că subiectul activ al infracțiunii de spălare a banilor nu este calificat expres de lege, putând avea această calitate orice persoană fizică care îndeplinește condițiile generale ale subiectului activ al infracțiunii. Cu toate acestea, în opinia noastră, participantul la infracțiunea principală (*delictum principale* – din care provine bunul albit) nu poate fi subiect activ al infracțiunii de spălare a banilor (*delictum subsequens*), dacă are calitatea de subiect activ al primei infracțiuni, deoarece el a devenit deținător al bunului prin comiterea faptei principale¹⁰.

De asemenea, apreciem că ar fi încălcat principiul *non bis in idem*, principiu conform căruia o persoană poate fi trasă la răspundere penală pentru aceeași faptă numai o singură dată. Nici legea americană (S.U.A.) nu sancționează persoana care a comis fapta principală (§1957) și, potrivit unei părți a doctrinei, nici legea germană nu incriminează fapta participantului la infracțiunea principală, cu excepția complicelui, care poate fi sancționat dacă pentru fapta primară este sancționat mai aspru¹¹.

În doctrina noastră, sunt autori care apreciază că participantul la infracțiunea principală poate fi subiect activ al infracțiunii prevăzute de art. 23 din Legea nr. 656/2002. În susținerea acestui punct de vedere, se arată că sintagma „cunoscând că bunurile provin din săvârșirea de infracțiuni” poate fi interpretată în legătură cu poziția psihică a autorului infracțiunii principale, însemnând că se impune ca acesta să nu se afle în eroare asupra caracterului penal al faptei săvârșite, deoarece, în caz contrar, antijuridicitatea infracțiunii de spălare de bani, dar și a infracțiunii principale, ar fi înlăturată¹².

Considerăm că această opinie nu poate fi primită pentru argumentele următoare: sintagma „cunoscând că bunurile provin din săvârșirea de infracțiuni” este folosită de legiuitor, în primul rând, pentru a exclude din sfera subiecților activi persoanele care au participat la comiterea infracțiunii din care provin bunurile ce formează obiectul spălării banilor. Dacă această expresie ar fi fost folosită pentru a include în categoria subiecților activi și participanții de la infracțiunea premisă, ea ar fi fost inutilă, deoarece persoana care a comis infracțiunea din care provin bunurile cunoaște împrejurarea că fapta respectivă este infracțiune. Dacă participantul nu cunoaște acest

Parlamentului European și al Consiliului nr. 1.781/2006 din 15 noiembrie 2006 cu privire la informațiile privind plătitorul, care însoțesc transferurile de fonduri (publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L nr. 345 din 8 decembrie 2006).

¹⁰ Ibidem. A se vedea și M. Mutu, *op. cit.*, p. 117. De pildă, legislația Principatului Liechtenstein consideră că bunurile pot fi spălate numai de către o persoană care nu a participat la infracțiunea premisă. Persoana care a comis infracțiunea primară poate fi trasă la răspundere numai pentru această infracțiune, nu și pentru alte fapte ulterioare privitoare la bunurile obținute din săvârșirea infracțiunii premisă. Pentru un punct de vedere asemănător, a se vedea D Ciuncan, A. Niculiță, *Subiectul activ al infracțiunii de spălare a banilor*, Revista de Drept Penal nr. 2/2006, p. 107-108.

¹¹ A se vedea M. Mutu, *op. cit.* 33.

¹² A se vedea P. Munteanu, *Câteva elemente de distincție între spălarea de bani, tănuire și favorizare*, în Caiete de Drept Penal nr. 1/2008, p. 44. A se vedea și nota prof. G. Antoniu la D Ciuncan, A. Niculiță, *op. cit.*, p. 108.

lucru el nu poate fi subiect activ al infracțiunii principale, caz în care poate dobândi, eventual, calitatea de subiect activ al infracțiunii de spălare a banilor, știe că bunurile respective provin din săvârșirea unei infracțiuni.

În al doilea rând, ascunderea sau disimularea sunt activități esențialmente intenționate, astfel că nu era necesară precizarea privind cunoașterea provenienței bunurilor, pentru că ceea ce se urmărește de către făptuitor nu este altceva decât mascarea originii infracționale a bunurilor ce provin din săvârșirea de infracțiuni. Fiind vorba de fapte comise, ca natură, nu era necesară mențiunea privind cunoașterea provenienței bunurilor, deoarece, potrivit art. 19 alin. (2) C.pen., forma de vinovăție cerută pentru faptele de acțiune este intenția.

Pe de altă parte, legiuitorul folosește o exprimare asemănătoare și în cazul infracțiunii de tănuire și nimeni nu a susținut că persoana care a săvârșit infracțiunea din care provine bunul tănuit poate fi subiect activ al infracțiunii de tănuire. Dimpotrivă, în practica judiciară recentă s-a considerat că nu poate fi tănuitor cel care a participat în calitate de complice la infracțiunea din care provine bunul¹³.

Prin urmare, apreciem că semnificația sintagmei „cunoscând că bunurile provin din săvârșirea de infracțiuni” este tocmai aceea de a exclude din câmpul subiecților activi pe cei care au săvârșit infracțiunile din care provin bunurile spălate.

În orice caz, considerăm că se impune intervenția legiuitorului, opțiunea noastră fiind în sensul că persoana care a săvârșit infracțiunea din care provine bunul să fie exceptată din cadrul sferei persoanelor ce pot avea calitatea de subiect al infracțiunii de spălare a banilor.

Infracțiunea de spălare a banilor poate subzista chiar dacă autorul infracțiunii primare nu este sancționat penal, dacă se poate constata că fapta premisă realizează elementele unei infracțiuni. De exemplu, este incidentă o cauză care exclude răspunderea penală sau executarea sancțiunilor de drept penal.

În practica judiciară franceză, în 14 ianuarie 2004, a fost emisă o decizie prin care Curtea de Casație a apreciat că poate fi subiect activ al infracțiunii de spălare a banilor și autorul infracțiunii principale¹⁴. În cauza în care a fost pronunțată hotărârea de mai sus, o persoană fizică condamnată pentru delict de muncă clandestină și fraudă fiscală, care a fost urmărită pentru fapta de participare la operațiunea de disimulare a produsului acestor infracțiuni, a fost condamnată și pentru transferul clandestin în străinătate a produsului acestor infracțiuni¹⁵. În doctrina franceză decizia a fost criticată¹⁶.

În Federația Rusă, potrivit deciziei Plenului Curții Supreme a Federației Ruse, infracțiunea principală intră în concurs cu infracțiunea de spălare a banilor¹⁷.

De asemenea, pluralitatea de infractori este posibilă în toate formele, dar, de regulă, ea îmbracă forma pluralității constituite și, mai rar, a pluralității ocazionale. Deși, nu este exclusă

¹³ A se vedea I.C.C.J., S.U., dec. nr. 2/2008. Conform acestei decizii: “În situația existenței unui prim act de tănuire, urmat de o altă acțiune a aceluiași tănuitor care promite că va asigura valorificarea în continuare și a altor bunuri sustrate, sunt întrunite elementele constitutive ale complicității la infracțiunea de furt în formă simplă sau continuată, după caz, în concurs real cu infracțiunea de tănuire, chiar dacă promisiunea anticipată de tănuire a bunurilor nu a fost îndeplinită”.

¹⁴ A se vedea W. Jeandier, *Droit pénal des affaires*, Précis Dalloz, 2003, nr. 21.

¹⁵ A se vedea: L'arrêt de la Cour de Cassation de la France du 14 janvier 2004. Chambre criminelle, Recueil Dalloz, 2004, nr. 19, p. 1377; *Le blanchiment de soi-même. Droit pénal* (éditions du Juris-Classeur), aprilie 2004, p. 10, apud M. Mutu, *op. cit.*, p. 118.

¹⁶ A se vedea: C. Chantal, *L'auteur de l'infraction principale et le blanchiment*, Recueil Dalloz, 2004, nr. 19, p. 1377-1381; M. Haritin, *La répression du blanchiment d'argent*, Revue de Droit Bancaire et Financier, 2002, nr. 6 (novembre/décembre), p. 362-365; V. Malabat, *Droit pénal special*, Dalloz, 2003, apud C. Bogdan, *Revista de Drept Penal* nr. 4/2006, p. 128.

¹⁷ A se vedea: M. Mutu, *op. cit.*, p. 44; C. Bogdan, *op. cit.*, p. 129.

comiterea de către o singură persoană, faptele de spălare a banilor sunt săvârșite în cvasitotalitatea cazurilor sub forma pluralității de infractori.

În domeniul infracțiunii de spălare a banilor, ca și al altor infracțiuni prevăzute de Legea nr. 39/2003 privind combaterea criminalității organizate, pluralitatea constituită de infractori este considerată criminalitate organizată, ea făcând parte din categoria infracțiunilor grave¹⁸. Expresia prin care Legea nr. 39/2003 desemnează pluralitatea constituită de infractori este „grup infracțional organizat”. Grupul infracțional organizat este grupul structurat, format din trei sau mai multe persoane, care există pentru o perioadă și acționează în mod coordonat în scopul comiterii uneia sau mai multor infracțiuni grave, pentru a obține direct sau indirect un beneficiu financiar sau alt beneficiu material. Nu constituie grup infracțional organizat grupul format ocazional în scopul comiterii imediate a uneia sau mai multor infracțiuni și care nu are continuitate sau o structură determinată ori roluri prestabilite pentru membrii săi în cadrul grupului.

Dacă sunt realizate atât condițiile de existență ale grupului infracțional organizat, cât și cele ale infracțiunii de spălare a banilor, se vor aplica regulile pluralității de infracțiuni. Membrii pluralității de infractori pot avea aceeași calitate la săvârșirea infracțiunii sau pot avea calități diferite. De pildă, pe lângă autori mai participă și instigatori sau complici. Conform art. 7 din Legea nr. 39/2003, inițierea sau constituirea unui grup infracțional organizat ori aderarea sau sprijinirea sub orice formă a unui astfel de grup se pedepsește cu închisoare de la 5 la 20 de ani și interzicerea unor drepturi.

Concluzii și propuneri *de le ferenda*

Luând în considerare argumentele prezentate mai sus, reiterăm opinia noastră, potrivit căreia *de lege lata* autorul, coautorul, complicele sau instigatorul la infracțiunea din care provin bunurile albite nu pot avea calitatea de subiecți activi ai infracțiunii de spălare a banilor, deoarece s-ar ajunge la concluzia inadmisibilă că poate săvârși această infracțiune orice persoană care deține bunuri ce provin din alte infracțiuni. De exemplu, hoțul, tâlharul etc. De asemenea, ar fi limitată sau chiar exclusă sfera de aplicare a infracțiunii de tănuire sau a favorizării infractorului.

În proiectul noului Cod penal, redactorii au încercat să îndrepte aspectele criticabile cuprinse în Legea nr. 656/2002 și au propus un nou conținut al normei de incriminare.

Conform art. 269 din proiectul noului Cod penal (situat în cadrul titlului IV – *Infracțiuni contra înfăptuirii justiției*):

“(1) Operațiunea juridică de orice fel, efectuată în scopul împiedicării identificării originii ilicite, a situației, a circulației, a titularului real al dreptului de proprietate ori a existenței altor drepturi cu privire la un bun, de către o persoană care, fie a cunoscut, fie a prevăzut din împrejurările concrete, că acesta provine din săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, chiar fără a cunoaște natura acesteia, se pedepsește cu închisoare de la 3 la 10 ani și interzicerea exercitării unor drepturi.

(2) Fapta constituie infracțiune și atunci când aceasta a fost săvârșită de autor sau de un participant la fapta prevăzută de legea penală din care provine bunul.

(3) Tentativa se pedepsește¹⁹.

În expunerea de motive ce însoțește proiectul noului Cod penal se arată că redefinirea infracțiunii a fost determinată de modul în care au fost transpuse în legislația penală dispozițiile

¹⁸ Potrivit art. 1 lit. b) din Legea nr. 39/2003, infracțiune gravă este: „infracțiunea care face parte din una dintre următoarele categorii: (...) 14. spălarea banilor.”

¹⁹ Textul propus a fost inspirat de reglementările similare ale unor legislații europene precum art. 648 bis din Codul penal italian, § 261 din Codul penal german, art. 324-1 din Codul penal francez, art. 301 din Codul penal spaniol și Capitolul 32 - Secțiunea 6 din Codul penal finlandez.

referitoare la spălarea banilor din Convenția europeană privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor infracțiunii încheiată la Strasbourg în 08.11.1990, dar și de experiența practicii judiciare.

Se consideră ca fiind necesară o intervenție a legiuitorului pentru a clarifica atât conținutul infracțiunii de spălare de bani, cât și delimitarea acestei fapte față de conținutul infracțiunii de tănuire.

Într-adevăr, pe bună dreptate, s-a constatat de către comisia de redactare că dispozițiile convenției europene în această materie nu au fost transpuse, ci doar traduse și adoptate, fără a se ține seama că o parte a acestor dispoziții se regăseau deja în legislația națională sub o altă formă.

Pe de altă parte, este lămurită disputa privitoare la posibilitatea reținerii infracțiunii de spălare de bani în sarcina autorului sau a participantului la comiterea infracțiunii principale din care provine bunul, soluția propusă pledând pentru un răspuns afirmativ.

De asemenea, s-a dat eficiență dispozițiilor art. 6 alin. (2) lit. c) din Convenția europeană privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor infracțiunii, potrivit cărora cunoașterea provenienței ilicite a bunului se poate deduce și din împrejurările concrete ale comiterii faptei.

Deși comisia de redactare a proiectului și-a manifestat opinia că în noua reglementare a infracțiunii de spălare de bani se subliniază cu claritate distincția dintre infracțiunea de spălare de bani și cea de tănuire prin eliminarea din cuprinsul incriminării a actualei lit. c) a art. 23 din Legea nr. 656/2002, care se suprapune cu conținutul infracțiunii de tănuire, noi credem că nici actuala formă a normei de incriminare nu este corespunzătoare, deoarece nu oferă niciun criteriu privitor la modul cum se va face delimitarea între *“operațiunea juridică de orice fel, efectuată în scopul împiedicării identificării originii ilicite, a situării, a circulației, a titularului real al dreptului de proprietate ori a existenței altor drepturi cu privire la un bun”* (formulare existentă în cazul spălării banilor) și *“primirea, dobândirea, transformarea ori înlesnirea valorificării unui bun”* (în cazul tănuirii) sau *“ajutorul dat făptuitorului în scopul împiedicării sau îngreunării cercetărilor într-o cauză penală, tragerii la răspundere penală, executării unei pedepse sau măsuri privative de libertate”* (în cazul favorizării infractorului).

În ceea ce ne privește, apreciem că *de lege ferenda* se impune fie stabilirea unui prag valoric, fie menționarea expresă a infracțiunilor premisă. Opțiunea noastră neechivocă este pentru a doua variantă.

Problema dacă participantul la infracțiunea din care provin banii spălați poate sau nu fi subiect activ al infracțiunii de spălare a banilor este una controversată atât în dreptul românesc, cât și dreptul altor state.

CRIMINAL INVESTIGATIVE ANALYSIS AGAINST VIOLENT CRIME

Costică PĂUN*

Abstract

Quickly identifying and apprehending the perpetrator of a violent crime – murder, robbery, rape, and abduction – represent major goals of all law enforcement agencies. The police aim at identifying the author as quickly as possible by using the data gathered upon investigating the crime scene, in order to prevent further violence.

The activities to be performed for determining the precise means of committing the crime and for interpreting the criminal's behavior in his/her interaction with the victim are highly complex and decisively important in establishing the perpetrator's guilt.

Keywords: *Violent crime, unknown offender, identified victim, Organized /Disorganized criminals, analysts*

Introduction

The profiling programmed within the US Federal Bureau of Investigation (FBI) started developing in the early 1970s. What began with applying the insights of psychological science to violent criminal behavior within the FBI National Academy curricula progressively transformed into the current Behavioral Science Unit program. This was implemented by a program manager and seven criminal profilers and crime analysts, carefully selected based on their investigative experience, expertise and academic backgrounds.

Within the scope of this programme, a profiler coordinator is designated within each FBI territorial unit. The coordinators are assigned the case and provide the investigators with suggestions on how to proceed with the investigation. The field coordinating profilers are not authorized to draw up analyses for the requesting units, but solely to outline an initial profile. This is forwarded for examination to the profiling unit within the FBI Academy. Local, state and federal precincts as well as foreign police units are allowed to request such profiles to be drafted.

At present, an American-inspired type of analysis is used in the European countries facing a high rate of murders (especially in Italy, a country having largely implemented the US federal police system, and in Germany, with its Bund slander).

Amateurism and arrogance are things to be avoided in this field. On the one hand, every misdeed must be subjected to review by the court. On the other hand, the lack of professionalism is severely detrimental both to justice doing as well as to the state budget. Indeed, criminal justice is costly but necessary and, as such, highly trained specialists are needed for it to be efficient.

Literature review

The *criminal profiling process* had many international reviews, especially in the American legal space (law enforcement). In this sense we refer to a series of books and articles: CRIMINAL INVESTIGATIVE ANALYSIS, NATIONAL CENTRE FOR THE ANALYSIS OF VIOLENT CRIME, FBI ACADEMY, Quantico, Va., 1990; Amir, M. (1971), *Patterns in forcible rape*. Chicago: University of Chicago Press; Canter, D. V. (1994), *Criminal shadows: Inside the mind of*

* Associate professor, Ph.D., Law Faculty, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: ci_paun@yahoo.com).

the serial killer. London: Harper Collins; Godwin, M., & Canter, D. (1997), *Encounter and death: The spatial behavior of US serial killers*, Policing: International Journal of Police Strategy and Management, 20, 24–38; Prentky, R. A., Burgess, A. W., Rokous, F., Lee, A., Hartman, C., Ressler, R., & Douglas, J. (1989), *The presumptive role of fantasy in serial sexual homicide*. American Journal of Psychiatry, 146, 887–891; Ressler, R. K., Burgess, A. W., Douglas, J. E., Hartman, C. R., & D'Agostino, R. B. (1986), *Sexual killers and their victims: Identifying patterns through crime scene analysis*, Journal of Interpersonal Violence, 1, 288–308; Ainsworth, P. B. (2001), *Offender profiling and crime analysis*, Cullompton, Devon: Willan Publishing; Canter, D. V. (2000), *Offender profiling and criminal differentiation*, Legal and Criminological Psychology, 5, 23–46; Canter, D. V., Alison, L. J., Alison, E., & Wentink, N. (2004), *The organized/disorganized typology of serial murder: Myth or model?* Psychology, Public Policy, & Law, 10, 293–320; Keppel, R.D. (2004), *Offender profiling*, Ohio: Thomson Custom Publishing.

Criminal profiling. Content

The systematic analysis of a violent crime generates data needed for identifying and proving the guilt of the perpetrator, such as: forensic evidence tools, major personality and behavioral characteristics of the offender and the victim, the motives behind such behavior, the typologies characteristic to the victim/offender.

The result of such analysis generally involves, according to the case' difficulty, the following:

- Evaluation of the criminal act itself;
- Comprehensive evaluation of future threats (in case the offender is suspected to be a serial killer);
- Criminal profiling of the unidentified perpetrator;
- Choosing the investigation techniques, upon identifying and catching the suspect;
- Drawing up the proper strategies for the criminal prosecution of the suspect;
- Identifying the areas of expertise needed for the particular case and the set of requests experts are to elaborate on.

Criminal investigative analysis involves several activities aimed at:

1. determining **what** took place. The answer is to contain, among others, a listing of significant actions and reactions, namely the essential behavior by the offender and the victim during the commission of crime;
2. Provide a **reason**, or **reasons**, for each significant behavior listed (**why**);
3. Set forth the **characteristics** and **traits** (non-physical description) of the type of individual who would commit (**who**) a particular crime in a particular manner for the given set of reasons.

The most difficult task at hand for the analysts is the third of the above and relates to drawing up the psychological and behavior profile of the unknown perpetrator.

The criminal profiling process consists in applying police investigative techniques to the results of interdisciplinary studies with a view to prevent and fight violent crime.

A. The profiling process

The profiling process is defined by the Federal Bureau of Investigation as *an investigative technique by which to identify the major personality and behavioral characteristics of the offender based upon an analysis of the crime(s) he or she has committed.*

The process generally involves seven steps:

- 1) *Evaluation of the criminal act itself.*
- 2) *Comprehensive evaluation of the specifics of the crime scene(s).*
- 3) *Comprehensive analysis of the victim.*
- 4) *Evaluation of preliminary police reports.*
- 5) *Evaluation of the medical examiner's autopsy protocol.*
- 6) *Development of profile with critical offender characteristics.*
- 7) *Investigative suggestions predicated on construction of the profile.*

The criminal personality profile is used by the police precincts as a guiding tool, a way in which the investigating officer can narrow the scope of an investigation. Profiling unfortunately does not provide the identity of the offender, but it does indicate the type of person most likely to have committed a crime having certain unique characteristics.

B. Offender profiling

As a rule, profiles are constructed by two categories of specialists: mental health clinicians trying to account for the criminal personality and behavior by using psychiatric methods and procedures, and law enforcement agents whose task is to determine the behavioral patterns of a suspect through investigative concepts.

a. Psychological profiling

The psychiatrist and criminologist James A. Brussel explained the fact that a psychiatrist usually studies a person and makes some reasonable predictions as to how he/she is to react under certain circumstances or what activities he/she is likely to undertake in the future. Profiling is reversing this process, in that it deduces what kind a person the individual might be by studying his/her actions.

The profilers analyze the information gathered while investigating the crime scene and try to establish the type of person capable of committing it. The profiler's skills rest in identifying the crime dynamics, allowing him/her to make a parallel between the personalities of offenders having committed similar crimes and the personality of the subject under scrutiny.

The process used by an investigative profiler in developing a criminal profile is as follows: data is collected and assessed, the situation reconstructed, hypotheses formulated, a profile developed and tested, and the results reported back. Investigators traditionally have learned profiling through brainstorming, intuition, and educated guesswork. Their expertise is the result of years of accumulated wisdom, extensive experience in the field, and familiarity with a large number of cases.

A profiler brings to the investigation the ability to make hypothetical formulations based on his or her previous experience. A formulation is defined here as a concept that organizes, explains, or makes investigative sense out of information, and that influences the profile hypotheses. These formulations are based on clusters of information emerging from the crime scene data and from the investigator's experience in understanding criminal actions.

b. The psychological profiling process

The criminal-profile-generating process is described as having five main stages, with a sixth stage, the goal, being the apprehension of a suspect.

1. The profiling inputs stage

This stage begins the criminal-profile-generating process. Comprehensive case materials, providing data and information on the author and how the crime was committed, are essential for accurate profiling. In homicide cases, the required information includes a complete synopsis of the

crime and a description of the crime scene, encompassing factors indigenous to that area to the time of the incident such as weather conditions and the political and social environment, etc.

Complete background information on the victim is also vital in homicide profiles. The data should cover domestic setting, employment, reputation, habits, fears, physical condition, personality, criminal history, family relationships, hobbies, and social conduct.

Forensic information pertaining to the crime is also critical to the profiling process, including an autopsy report with toxicology/serology results, autopsy photographs, and photographs of the cleansed wounds. The report should also contain the medical examiner's findings and impressions regarding estimated time and cause of death, type of weapon, and suspected sequence of delivery of wounds.

In addition to autopsy photographs, aerial photographs determining where a crime took place relative to its surroundings and color pictures of the crime scene highlighting certain aspects of the crime are needed. Also useful are crime scene sketches showing distances, directions, and scale, as well as maps of the area (which may cross law enforcement jurisdiction boundaries).

The profiler studies all this background and evidence information, as well as all initial police reports. The data and photographs can reveal such significant elements as the level of risk of the victim, the degree of control exhibited by the offender, the offender's emotional state, and his criminal sophistication.

Information dealing with possible suspects is **refused** by the profiler.

2. The information analysis and interpretation stage

This phase involves the organizing and arranging of the inputs into meaningful patterns.

Analysts differentiate and organize the information from stage I and form an underlying decisional structure for profiling, as follows:

a. Primary intent of the murderer

In some cases, murder may be an ancillary action and not itself the primary intent of the offender. In case of actual malice, the killer's primary intent could be: (1) criminal enterprise – the case of paid criminals, (2) emotional, selfish, or cause-specific, or (3) sexual.

The killer may be acting on his own or as part of a group.

b. Victim risk

The concept of the victim's risk is involved at several stages of the profiling process and provides information about the suspect in terms of how he or she operates.

Victim risk relates to the crime victim, and is determined using such factors as name, sex, race, age, height and weight, physical build, hair length and color, eye glasses, general physical condition, disabilities/handicaps, usual medication, drugs and/or alcohol ingestion and abuse, tattoos, clothing, conscription status, level of education, being a student or not, IQ, extracurricular activities, being employed, field of employment and professional evolution, financial factors, fashion style, general appearance, religion, being part of certain types of organizations, family members, home and living conditions, neighborhood specifics, communication abilities, type of reaction to being approached by a stranger, favorite literature, passions (hobbies), preferred means of transport (data about their personal car), awareness of their own level of security, sex habits (when partners are known), daily schedule, preferred weekend getaways, friends (number and type), maturity and social competencies, stress elements and their nature, criminal background, etc.

Victim risk is classified as high, moderate, or low.

- low risk victims – persons whose personal, professional and social lifestyle do not lead them to being targeted as victims;

- moderate risk victims – reputable persons whose occupational lifestyle (location, schedule etc.), personal lifestyle and habits expose them more frequently to potentially criminal situations;

- high-risk victims-persons whose lifestyle and occupation (traffickers, pimps, prostitutes, etc.) render them highly vulnerable to risk situations. When the victim risk is assessed as high, the probability that the analyst will be able to create the unknown criminal profile diminishes substantially, due to the large number of possible perpetrators.

Killers seek high-risk victims at locations where people may be vulnerable, such as bus depots or isolated areas. Low-risk types include those whose occupations and daily lifestyles do not lead them to being targeted as victims. The information on victim risk helps to generate an image of the type of perpetrator being sought.

c. Offender risk

Data on victim risk integrates with information on offender risk, or the risk the offender was taking to commit the crime. For example, abducting a victim at noon from a busy street is high risk. Thus, a low-risk victim snatched under high-risk circumstances generates ideas about the offender, such as personal stresses he is operating under, his beliefs that he will not be apprehended, or the excitement he needs in the commission of the crime, or his emotional maturity.

d. Events escalation

Information about escalation is derived from an analysis of facts and patterns from the prior decision process models (analysis and interpretation stage). Investigative profilers are able to deduce the sequence of acts committed during the crime. From this deduction, they may be able to make determinations about the potential of the criminal not only to escalate his crimes (from peeping to fondling to assault to rape to murder), but to repeat his crimes serially.

e. Time factors

External factors may include the length of time required to kill the victim, to commit additional acts with the body, and to dispose of the body, the time of day or night that the crime was committed, etc. All these may provide information on the lifestyle and occupation of the suspect. For example, the longer an offender stays with his victim, the more likely it is he will be apprehended at the crime scene. In the case of the New York murder of Kitty Genovese, the killer carried on his murderous assault to the point where many people heard or witnessed the crime, leading to his eventual prosecution. A killer who intends to spend time with his victim therefore must select a location to preclude observation, or one with which he is familiar.

Location factors

Information about location—where the victim was first approached, where the crime occurred, and if the crime and death scenes differ—provide yet additional data about the offender. For example, such information provides details about whether the murderer used a vehicle to transport the victim from the death scene or if the victim died at her point of abduction.

3. Crime assessment stage – hypothetical reconstruction

Based on the various decisions of the previous stage, the reconstruction of how things happened, how people behaved, and how they planned and organized the encounter provides information about specific characteristics to be generated for the criminal profile. Assessments are made about the classification of the crime, its organized/disorganized aspects, the offender's selection of a victim, strategies used to control the victim, the sequence of crime, the staging (or not) of the crime, the offender's motivation for the crime, and crime scene dynamics.

The classification of a crime as organized or disorganized, first introduced as classification of Lust murder, but since broadly expanded, includes factors such as victim selection, strategies to control the victim, and sequence of the crime.

An organized murderer is one who appears to plan his murders, target his victims, display control at the crime scene, and act out a violent fantasy against the victim (sex, dismemberment, torture).

In contrast, the disorganized murderer is less apt to plan his crime in detail, obtains victims by chance, and behaves haphazardly during the crime.

The determination of whether or not the crime was staged (if the subject was truly careless or disorganized, or if he made the crime appear that way to distract or mislead the police) helps direct the investigative profiler to the killer's motivation.

Motivation is a difficult factor to judge because it requires dealing with the inner thoughts and behavior of the offender. Motivation is more easily determined in the organized offender who premeditates, plans, and has the ability to carry out a plan of action that is logical and complete. On the other hand, the disorganized offender carries out his crimes by motivations that frequently are derived from mental illnesses and accompanying distorted thinking (resulting from delusions and hallucinations). Drugs and alcohol, as well as panic and stress resulting from disruptions during the execution of the crime, are factors which must be considered in the overall assessment of the crime scene.

Crime scene dynamics are the numerous elements common to every crime scene which must be interpreted by investigating officers and are at times easily misunderstood. Examples include location of crime scene, cause of death, method of killing, positioning of body, excessive trauma, and location of wounds.

The investigative profiler reads the dynamics of a crime scene and interprets them based on his experience with similar cases where the outcome is known.

Extensive research by the FBI and in-depth interviews with incarcerated felons who have committed such crimes have provided a vast body of knowledge of common threads that link crime scene dynamics to specific criminal personality patterns.

4. Criminal Profile Stage

The fourth stage in generating a criminal profile deals with the type of person who committed the crime and that individual's behavioral organization with relation to the crime.

Included in the criminal profile are background information (demographics), physical characteristics, habits, beliefs and values, pre-offense behavior leading to the crime, and post-offense behavior. It may also include investigative recommendations for interrogating or interviewing, identifying, and apprehending the offender.

This fourth stage has an important means of validating the criminal profile. The profile must fit with the earlier reconstruction of the crime, with the evidence, and with the key decision process models. In addition, the investigative procedure developed from the recommendations must make sense in terms of the expected response patterns of the offender.

5. Investigation Stage

Once the congruence of the criminal profile is determined, a written report is provided to the requesting agency and added to its ongoing investigative efforts. The investigative recommendations generated in Stage 4 are applied, and suspects matching the profile are evaluated. If identification, apprehension, and a confession result, the goal of the profile effort has been met.

6. Apprehension Stage

Once a suspect is apprehended, the agreement between the outcome and the various stages in the profile-generating-process are examined. When an apprehended suspect admits guilt, it is important to conduct a detailed interview to check the total profiling process for validity.

In turn, the strategies for conducting the interview are a constant concern for the specialized analysts. This concern is owed to the risk of failing to solve the case when, although suspicions concerning the person under investigation run high, the evidence to be submitted to the court are not conclusive and pertinent (circumstantial evidence).

Therefore, the methodology and strategy used for the interview depend on a plethora of factors, including:

Certainty over the data and information gathered for this specific case

Similarity between the profile supplied by analysts and the suspect's profile;

The investigative abilities and skills of the person designated to investigate the case;

The level of adequacy to the scope of the interview;

The typology, cleverness and stress-resistance of the suspect etc.

Conclusions

One of the analyses used by the profilers in drafting the psychological profiles follows the pattern WHAT → WHY → WHO. Once the data and information concerning the crime committed are gathered (WHAT) and the motives for the said actions are established (WHY), the investigators will attempt to put forth the typology of the offender (WHO).

The analyses have shown that this motivational process solely one of the several means of examining the details. Two others have been identified as well.

If the WHAT → WHY → WHO process is a motivational one, the second process, WHAT → WHO is correlation?

The third process is correlation as well, but it involves a second-tier correlation. It can be described as a WHAT → WHO process followed by future assumptions, based on the initial prediction over the WHO. The second process, WHAT → WHO, mainly involves the investigative profilers using statistical information correlated with the data and information on the case under scrutiny. For example, knowing a specific detail of the murder and the victim's race, the profiler skips the reasons stage (WHY) and suggests the same race for the offender (WHO). In this stage of the process, the psychological reasons and the motivational causes are not necessary. The third process is also based on correlating the existing information with statistics. For example, the first tier assumption relates to the author's age and then, using this as a starting point, other details may be correlated to draw up assumptions concerning their marital status. The reasons stage (WHY) is once again skipped, and a series of „if then” correlations are used to pencil the offender's portrait, starting from the crime specifics.

Upon analyzing such specifics, four methods for improving the assumption predictions were suggested. The first method relates to improving the data bases containing statistical information on the criminals. The larger the number of offenders included in the 'murder' or 'rape' categories, the more the statistical information is to increase its usefulness. If the sample used for analysis is large, the assumptions made based on statistical information tend to be more precise and trustworthy.

The second assumption takes into account creating a system of patterns including details aimed at drawing up the converging and diverging traits in order for these to be used by profilers. For example, certain details on the modus operandi for a crime tend to suggest a certain age of the offender, which in turn points to a different category of criminals.

As long as the reasons behind a murder are unknown even to the author, a third method for improving the accuracy of assumptions may be suggested, namely creating a new area of research aimed at identifying how criminal motives (WHY) may support and confirm the statistical information.

The fourth method arises from the observation that profilers are more perceptive and precise in performing certain tasks they were assigned with. For example, a profiler has studied the medical examination report for a longer period of time and used this particular material as the most important element in creating the profile. Another profiler spent more time studying and analyzing the crime scene photos and, by carefully drawing on their findings, he managed to identify details others failed to pay attention to. A third profiler emphasized the victim report in his analysis. Since profilers seem to privilege certain specific areas of the profile, it seems logical that more inclusive and accurate profiles result from their group work.

The process of drawing up the psychological profile requires an intricate, detailed conception. The studies performed have proven the fact that unknown criminal profiling is a complex process involving much more than a simple analysis of the crime specifics (WHAT → WHY → WHO). As a result, establishing the criminal profile is the result of a complex process using structural features at different levels, correlations and predictions. In conceptualizing this process, the profile theory, far from being complete, needs to reflect this complexity.

D. “THE MODUS OPERANDI” and “THE SIGNATURE”.

How a crime is perpetrated always mirrors the criminal’s personality.

1. *Modus operandi* involves actions necessary to accomplish the criminal activity. The modus operandi is “learned behavior”.

Objectives:

- Ensures the success of crime committing;
 - Protects the author’s identity;
 - Ensures his/her getting away with the crime.
- A criminal defines his/her modus operandi by learning from past mistakes.

The modus operandi characterizes:

- The learned behavior;
- Dynamic changes throughout the crime performance;
- Criminal experience;
- The offender’s education;
- The offender’s age.

Modus operandi examples:

- Using deceiving methods to convince the victim to get in the car;
- Putting the victim to sleep;
- Using coercion methods once the victim is asleep.

Note: Serial murders shouldn’t be correlated solely based on the modus operandi.

2. *The signature*. This behavior is not essential to perpetrating the crime. The signature is the author’s “business card”.

“Signature” features:

- It represents a display of the author’s personality in committing the crime;
- It reveals unusual behavioral traits’
- It is unique and has a ritual character;
- It is repeatable from a behavioral, verbal and nonverbal standpoint;

“Signature” examples:

- Creating a scenario for attracting the victim;

- Special decorations; changes in the crime scene;
- Using excessive means of coercion;
- Efforts for depersonalizing the victim;
- Physical force applied to the head area;
- Inserting foreign bodies in the victim;
- Victim mutilation;
- Overkilling;
- Post-mortem activities applied the victim's body;
- Prolonged period of time spent in the victim's presence;
- The bodies are displayed with a view to cause shock;
- Bodies are not hidden;
- The victim's face and body are covered with a pillow, sheets or in plastic;
- Souvenirs taken from the victim – clothing, jewellery, underwear.

Note: Aspects pertaining to the "signature" should be extended more attention than those concerning the similarities between victims.

3. *The criminal's profile (ORGANISED/DISORGANISED)*

a) The organized murderer:

- Is socially competent;
- Is employed in jobs requiring a high level of training;
- Is relatively intelligent;
- Is sexually competent;
- Is born in a wealthy social environment;
- Childhood discipline is mainly inconsistent;
- Is depressive and nervous prior to the murder;
- Controls himself/herself during the crime;
- Ingests alcohol throughout the crime;
- Acts hastily under stress;
- Is mobile, drives his/her own car;
- Monitors the press reaction;
- May change jobs or may leave town after the killing;
- May take souvenirs from the victim or from the crime scene, in order to relive the event;
- Displays emotional indifference;
- Is irresponsible and egocentric;
- Has a chameleonic, changeable personality;
- Easily influences those around him/her;
- Is careful and systematic;
- Travels in order to find his/her victim;
- Resides at a distance from the crime scene;
- Is well integrated in modern society;
- Victims are chosen at random.

b) The disorganized murderer:

- Average IQ;
- Socially immature; fails to integrate at the work place;
- Sexually incompetent;
- Born in a poor family; harshly disciplined during childhood;
- Agitated while performing the killing;
- Minimum ingestion of alcohol;

- Lives by himself/herself;
 - Lives/works close to the crime scene;
 - Lacks interest in the press reports on the murder;
 - Socially-averse;
 - Feels rejected and alienated; difficulty in developing interpersonal relationships;
 - Is wild while committing the crime;
 - Odd behavior and appearance.
4. *Crime scene traits:*
- a) in case of organized murderers:
- The crime is premeditated – evidence suggests a plan had been put into place (prior, during and after the murder);
 - A plan is drawn up in order to avoid being identified;
 - The victim is a carefully selected stranger;
 - Stalks his/her victim;
 - Personalizes the victim;
 - Talks in a civilized fashion; uses his/her verbal abilities to attract the victim; wins the victim's trust;
 - The crime scene reflects the author's control;
 - Uses means of coercion;
 - Hides the body;
 - The murder weapon is brought by the criminal and then hidden;
 - He/she is under the influence of fantasies and rituals;
 - Transports the victim's body in previously designated areas.
- b) In case of disorganized criminals:
- The murder is committed suddenly; the offence is spontaneous; the author kills instantaneously to obtain control;
 - Uses sudden attacks coming from the back; the victim is unprepared;
 - Does not resort to means of coercion;
 - The weapon is usually selected at random; it is taken from the victim or found at the crime scene; it is often left on site or in its proximity;
 - Does not have a plan for avoiding being identified;
 - His/her actions are disorderly;
 - The victim's cause of death is usually strangulation, stabbing or physical trauma due to hits;
 - Depersonalizes the victim;
 - The body is mutilated after the death occurs; over killing; evidence of biting, cannibalism or vampirism; facial disfiguration of the victim, uncontrolled rage;
 - The author knows the victim or the victim resembles a certain person;
 - Minimal verbal contact with the victim;
 - Inserts foreign bodies in the victim;
 - Sexually curious;
 - The murder scene coincides with the place the body is found;
 - No attempt to hide the body is made;
 - An abundance of evidence may be found at the scene, especially fingerprints;
 - The existence of rituals; the killing is aimed at satisfying fantasies;
 - The body is placed symbolically.

5. Terms used for performing the unknown criminal profile (in FBI analyst jargon)

Extremely serious murder:

- The murdering of at least four persons;
- Committed by a single author;
- Performed in one action, in one single place, during a short period of time;

Murder under the influence of strong, spontaneous emotions:

- Multiple killings in one single event;
- Two or several locations;
- Lack of a “cool-down” period;
- The killing duration may vary in time.

Serial killing:

- The killing of three or more persons at distinct times;
- Existence of a "cool/down" period between murders;
- Involves premeditation and victim selection;
- The motive is psychological;
- The crime scene reflects sexual behavior deviations or sadism;

Hiding:

- Acting with a view to prevent the body from being found;
- The crime is discovered at a later time;
- It allows the author the time needed to disappear.

Display:

- The body is positioned in a certain manner;
- The body is placed so as to be found;
- The body is placed at sight.

Disposal:

- Low interest or lack of interest in hiding the body; haste.

Cosmetizing / framing:

- Intentional change of the place the murder was committed;
- Performed to mislead the investigators.

Victim risk:

- The degree to which a person exposes itself or contributes to becoming the victim of a crime;
- Susceptibility to become a victim of violence;
- High level of risk – a result of faulty decisions or behavior errors of potential victims;

Crime risk:

- Degree of risk exposure born by a crime perpetrator;
- Location, timeframe and circumstances must be taken into consideration.

Interesting aspects:

- Behavior aspects which apparently are unconnected to the crime;
- Elements which seem not to integrate in the bigger picture of a crime;
- The possibility for the author to be released from a mental institution.

Over killing:

- The existence of trauma in excess of what would be sufficient for killing a person;
- Proof of a pronounced state of anger/rage;
- May suggest the existence of a relationship between the author and the victim;
- The victim’s behavior may influence that of the perpetrator.

References

1. CRIMINAL INVESTIGATIVE ANALYSIS, NATIONAL CENTRE FOR THE ANALYSIS OF VIOLENT CRIME, FBI ACADEMY, Quantico, Va., 1990;
2. Ainsworth, P. B. (2001). *Offender profiling and crime analysis*. Cullompton, Devon: Willan Publishing.
3. Canter, D. V. (2000). *Offender profiling and criminal differentiation*. *Legal and Criminological Psychology*, 5, 23–46.
4. Canter, D. V., Alison, L. J., Alison, E., & Wentink, N. (2004). *The organized/disorganized typology of serial murder: Myth or model?* *Psychology, Public Policy, & Law*, 10, 293–320.
5. Canter, D. V. (1994). *Criminal shadows: Inside the mind of the serial killer*. London: Harper Collins.
6. Douglas, J.E., & Munn, C.M. (1992a). *Modus operandi and the signature aspects of violent crime*. In J.E. Douglas, A.W. Burgess, A.G. Burgess, & R.K. Ressler (Eds.), *Crime classification manual* (pp. 259–268). New York: Lexington Books.
7. Douglas, J.E., & Munn, C.M. (1992b) *Violent crime scene analysis: Modus operandi, signature, and staging*. *FBI Law Enforcement Bulletin*, February. Retrieved 2 June 2004. From <http://www.fbi.gov/library/leb/leb.htm>.
8. Funder, D. C., & Colvin, C. R. (1991). *Explorations in behavioral consistency: Properties of person, situations, and behaviors*. *Journal of Personality and Social Psychology*, 60, 773–794.
9. Grubin, D. (1994). *Sexual murder*. *British Journal of Psychiatry*, 165, 624–629.
10. Godwin, M., & Canter, D. (1997). *Encounter and death: The spatial behaviour of US serial killers*. *Policing: International Journal of Police Strategy and Management*, 20, 24–38.
11. Groff, E. R., & McEwen, J. T. (2004, March). *Disaggregating the journey to homicide*. Paper presented at the 7th Annual International Crime Mapping Research Conference, Boston, USA.
12. Hickey, E. (2002). *Serial killers and their victims* (3rd ed.). California: Wadsworth.
13. Holmes, R. M., & Holmes, S. T. (1998). *Serial murder* (2nd ed.). California: Sage Publications.
14. Keppel, R.D. (1995a). *Signature murders: A report of several related cases*. *Journal of Forensic Sciences*, 40, 670–674.
15. Keppel, R.D. (2004). *Offender profiling*. Ohio: Thomson Custom Publishing.
16. Keppel, R.D., & Birnes W.J. (1997). *Signature killers*. New York: Pocket Books.
17. Prentky, R. A., Burgess, A. W., Rokous, F., Lee, A., Hartman, C., Ressler, R., & Douglas, J. (1989). *The presumptive role of fantasy in serial sexual homicide*. *American Journal of Psychiatry*, 146, 887–891.
18. Ressler, R. K., Burgess, A. W., Douglas, J. E., Hartman, C. R., & D'Agostino, R. B. (1986). *Sexual killers and their victims: Identifying patterns through crime scene analysis*. *Journal of Interpersonal Violence*, 1, 288–308.
19. Salfati, C. G. (2003). *Offender interaction with victims in homicide: A multidimensional analysis of frequencies in crime scene behaviors*. *Journal of Interpersonal Violence*, 18, 490–512.
20. Salfati, C. G. (2000). *The nature of expressiveness and instrumentality in homicide*. *Homicide Studies*, 4, 265–293.
21. Salfati, C. G., & Canter, D. V. (1999). *Differentiating stranger murders: Profiling offender characteristics from behavioral styles*. *Behavioral Sciences and the Law*, 17, 391–406.
22. Santilla, P., Canter, D., Elfgrén, T., & Hakkanen, H. (2001). *The structure of crime-scene actions in Finnish homicides*. *Homicide Studies*, 5, 363–387.
23. Shoda, Y., Mischel, W., & Wright, J. C. (1994). *Intraindividual stability in the organization and patterning of behavior incorporating psychological situations in the idiographic analysis of personality*. *Journal of Personality and Social Psychology*, 67, 674–687.

INVESTIGAREA CRIMINALISTICĂ A INFRAȚIUNILOR SĂVÂRȘITE CU VIOLENȚĂ, CU AUTORI NECUNOSCUȚI

Costică PĂUN*

Abstract

Identificarea și prinderea cât mai rapidă a autorului unei infracțiuni cu violență - omor, tâlhărie, viol, răpire - reprezintă obiective majore ale activității desfășurate de unitățile de poliție. Poliția are ca scop stabilirea identității autorului, pe baza datelor obținute în urma cercetării locului de săvârșire a infracțiunii, pentru a preveni comiterea altor infracțiuni de către acesta. Activitățile care se desfășoară pentru stabilirea exactă a modului de producere a actului criminal și de interpretare a comportamentului infractorului în interacțiunea cu victima sa sunt de o mare complexitate și de o importanță decisivă pentru probarea vinovăției autorului faptei.

Cuvinte cheie: *Infracțiuni săvârșite cu violență, autori necunoscuți, victime identificate, criminali organizați/dezorganizați, analiști.*

Introducere

Programul de profiling din cadrul Biroului Federal de Investigații din Statele Unite ale Americii (F.B.I.) s-a dezvoltat începând cu anul 1970, pornind de la cursurile de psihologie judiciară din cadrul Academiei Naționale F.B.I., până la programul folosit în prezent în cadrul Compartimentului Științei Comportamentului. Acesta este adus la îndeplinire prin intermediul unui manager de program și a șapte profileri și analiști criminologi aleși pe baza experienței acumulate, a gradului de pregătire și a trecutului educațional.

Prin acest program se desemnează, în cadrul fiecărei unități teritoriale F.B.I., un profiler coordonator. Acesta primește cazul și oferă anchetatorilor sugestii cu privire la modul de desfășurare a investigației. Profilerii coordonatori din teren nu au autoritatea să întocmească analize pentru unitățile solicitante, ci doar să alcătuiască o formă brută a profilului. Aceasta se înaintează spre examinare unității de profiling din cadrul Academiei B.F.I. Pot solicita realizarea profilului psihologic unitățile locale, statale și federale de poliție, precum și unitățile de poliție străine.

Actualmente, modelul american de analiză, cu adaptările de rigoare, este utilizat și în țările europene care se confruntă cu o rată ridicată în materia infracțiunilor de omor (în special, Italia, care a preluat în mare măsură sistemul polițienesc federal din S.U.A. și Germania care are similitudini cu acesta, mai ales pentru faptul că este o țară a landurilor).

Amatorismul și aroganța, în acest domeniu, sunt indezirabile deoarece, pe de o parte, orice fărâdelege trebuie supusă legii iar, pe de altă parte, lipsa de profesionalism produce prejudicii importante, atât înfăptuirii justiției, cât și bugetului statului. Într-adevăr, înfăptuirea justiției penale este costisitoare dar necesară și, în consecință, pentru a echilibra balanța între costuri și eficiență este necesar ca sistemul justiției penale să dispună de specialiști capabili de înalte performanțe profesionale.

* Conferențiar universitar doctor, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București (e-mail: ci_paun@yahoo.com).

Literatură de specialitate

Literatura de specialitate, în acest domeniu, se regăsește mai ales în publicațiile cu profil specific de aplicare a legii (law enforcement), cum ar fi: CRIMINAL INVESTIGATIVE ANALYSIS, NATIONAL CENTRE FOR THE ANALYSIS OF VIOLENT CRIME, FBI ACADEMY, Quantico, Va., 1990; Amir, M. (1971). *Patterns in forcible rape*. Chicago: University of Chicago Press; Canter, D. V. (1994). *Criminal shadows: Inside the mind of the serial killer*. London: Harper Collins; Godwin, M., & Canter, D. (1997). *Encounter and death: The spatial behaviour of US serial killers*. Policing: International Journal of Police Strategy and Management, 20, 24–38; Prentky, R. A., Burgess, A. W., Rokous, F., Lee, A., Hartman, C., Ressler, R., & Douglas, J. (1989). *The presumptive role of fantasy in serial sexual homicide*. American Journal of Psychiatry, 146, 887–891; Ressler, R. K., Burgess, A. W., Douglas, J. E., Hartman, C. R., & D'Agostino, R. B. (1986). *Sexual killers and their victims: Identifying patterns through crime scene analysis*, Journal of Interpersonal Violence, 1, 288–308; Ainsworth, P. B. (2001). *Offender profiling and crime analysis*. Cullompton, Devon: Willan Publishing; Canter, D. V. (2000). *Offender profiling and criminal differentiation*, Legal and Criminological Psychology, 5, 23–46; Canter, D. V., Alison, L. J., Alison, E., & Wentink, N. (2004). *The organized/disorganized typology of serial murder: Myth or model?* Psychology, Public Policy, & Law, 10, 293–320; Keppel, R.D. (2004). *Offender profiling*, Ohio: Thomson Custom Publishing.

Criminal profiling. Conținut

Analiza sistematică a unei infracțiuni săvârșite cu violență, conduce la stabilirea unor date necesare pentru identificarea și probarea vinovăției autorului faptei, cum ar fi: mijloace criminalistice de probă, aspecte esențiale privind comportamentul infractorului și al victimei, motivația acestor comportamente, tipologiile care caracterizează pregnant cuplul penal.

Rezultatul acestei analize se concretizează, în funcție de gradul de dificultate al cauzei, în următoarele:

- analiza infracțiunii, în ansamblu;
- analiza amenințării de perspectivă (în cazul suspiciunii că autorul faptei ar fi un ucigaș în serie);
- elaborarea profilului criminologic al criminalului necunoscut;
- elaborarea tehnicilor de anchetă, după identificarea și prinderea suspectului;
- elaborarea strategiilor adecvate pentru urmărirea penală a suspectului;
- identificarea domeniilor de expertiză necesare în cauză și a setului de solicitări la care vor răspunde experții.

Analiza infracțiunii săvârșite cu violență presupune parcurgerea unor activități care, în final, vor trebui să răspundă la trei probleme distincte:

1. **CE** s-a petrecut în realitatea cauzei? Răspunsul trebuie să conțină, printre altele, o succesiune de acțiuni și reacțiuni, respectiv, comportamentele esențiale ale infractorului și ale victimei pe parcursul săvârșirii infracțiunii;

2. **DE CE** s-a comis fapta? Care este motivația fiecărui comportament identificat în prima etapă?

3. **CINE** ar fi putut săvârși fapta? Respectiv, să stabilească trăsăturile caracteristice tipului de persoană care ar fi putut săvârși acțiunile stabilite în prima etapă, coroborate cu motivațiile stabilite în cea de-a doua etapă.

Cea mai dificilă sarcină pentru analiști este întâmpinată în cea de-a treia etapă și se referă la realizarea profilului psihologic și comportamental al criminalului necunoscut.

Realizarea profilului criminalului necunoscut (criminal profiling) reprezintă aplicarea tehnicilor polițienești la rezultatele unor studii interdisciplinare în vederea prevenirii și combaterii infracțiunilor săvârșite cu violență.

A. Procesul de realizare a profilului criminalului necunoscut (profiling)

Procesul de profiling este definit de către Biroul Federal de Informații ca o *tehnică de investigare prin care se stabilesc caracteristicile comportamentale și personale ale infractorilor, pe baza analizei faptelor comise de către aceștia.*

Acest proces se realizează în 7 etape:

1. *evaluarea actului criminal;*
2. *analiza detaliilor specifice actului criminal;*
3. *analiza victimei ;*
4. *evaluarea rapoartelor polițienești existente în cauză;*
5. *analiza raportului de expertiză medico-legală;*
6. *alcătuirea propriu-zisă a profilului, cu caracteristicile autorului;*
7. *sugestii propuse pe baza profilului realizat.*

Profilul personalității criminale este folosit de către unitățile de poliție ca o metodă de ghidare, de călăuzire a anchetei către scopul său. Cu toate că analiza nu conține identitatea autorului, aceasta poate indica tipul de persoană capabilă de a comite o infracțiune cu anumite caracteristici.

B. Realizarea profilului criminalilor

De obicei, profilul se realizează de două categorii de specialiști: medicii neuro-psihiatri care caută să explice personalitatea și acțiunile criminalului prin metode și procedee psihiatrice și ofițerii de poliție care au ca scop determinarea, prin tehnici de investigare, a tiparelor comportamentale ale suspectilor.

a. Profilul psihologic

Psihiatrul-criminolog James A. Brussel explica faptul că psihiatrul, de obicei, analizează o persoană și face aprecieri cu privire la modul în care va reacționa în anumite situații-tip sau ce activități va desfășura pe viitor. Procesul de profiling presupune o schimbare de direcție în ceea ce privește raționamentul, și anume, prin studierea activităților unui individ, se poate stabili ce fel de personalitate are acesta.

Profilerii analizează informațiile adunate cu ocazia cercetării la fața locului și încearcă să stabilească tipul de persoană capabilă să comită acea infracțiune. Talentul profilerului constă în identificarea dinamicii crimei, astfel încât să se obțină legături între personalitățile criminalilor care au comis infracțiuni asemănătoare și personalitatea subiectului căutat.

Procesul folosit de către o persoană care alcătuiește un profil: informațiile sunt culese și analizate, se reconstituie faptele, se formulează ipotezele, profilul este alcătuit și testat iar rezultatele sunt evaluate. Anchetatorii ajung la acest proces prin schimb de idei, intuiție și aprecieri bazate pe cunoștințele dobândite de-a lungul anilor de activitate, prin experiență și familiarizare cu un număr mare de cazuri.

Profilerul adaugă la capacitatea de a efectua ancheta și pe cea de a formula ipoteze pe baza propriei experiențe. Predicția poate fi definită în acest context ca un concept care organizează, explică și interpretează informațiile obținute ca urmare a cercetării la fața locului. Aceste predicții sunt făcute pe baza unor informații conexe, rezultate ca urmare a analizei locului de comitere a infracțiunii și a capacității de interpretare și înțelegere a detaliilor acesteia de către profiler.

b. Procesul de realizare a profilului psihologic

Procesul de realizare a profilului a fost descris ca fiind o succesiune de cinci etape iar a șasea, scopul, este identificarea și prinderea autorului.

1. Etapa de strângere a informațiilor necesare alcăturii profilului

Cu această etapă debutează procesul de realizare a profilului psihologic. Materialele recoltate la fața locului, care oferă date și informații cu privire la autor și la modul de comitere a infracțiunii sunt esențiale. În cazul omorurilor, obținerea informațiilor necesită realizarea unei sinteze a modului de săvârșire a infracțiunii, o descriere a locului de comitere a acesteia și a factorilor existenți în momentul și în zona în care a fost săvârșit omorul, factori ce se pot referi la condițiile meteo, la relațiile sociale zonale etc.

Caracterizarea victimei omorului este necesară realizării profilului. Informațiile trebuie să se refere la comportamentul în familie, la locul de muncă, la reputație, fobii, obiceiuri, condiție fizică, personalitate, cazier judiciar, hobbyuri și conduita socială.

Probele criminalistice obținute în urma cercetării la fața locului sunt cruciale pentru realizare profilului. Aceeași importanță o au și raportul medicului legist, rezultatul analizelor toxicologice și serologice, fotografiile rănilor după ce au fost curățate în prealabil, precum și cele realizate în timpul autopsiei. Raportul medicului legist conține și precizările făcute de către acesta cu privire la timpul probabil și cauzele morții, tipul de armă folosit, succesiunea de producere a rănilor.

Pe lângă fotografiile efectuate în timpul autopsiei, se vor mai studia și fotografiile de orientare prin care se stabilește locul comiterii infracțiunii în raport cu vecinătățile; fotografiile de fixare prin care se evidențiază anumite aspecte ale comiterii faptei și fotografiile de detaliu care surprind caracteristicile particulare ale unor obiecte sau urme. Sunt, deasemenea, utile, schițele, traseele și hărțile care poziționează în spațiu comiterea omorului.

Profilerul studiază toate aceste date, precum și rapoartele poliției din dosarul cauzei, stabilind elemente importante ca: gradul de risc la care a fost expusă victima, gradul de exteriorizare a autorului, starea emoțională a acestuia și rafinamentul criminal.

Informațiile privind cercul de suspecți sunt **refuzate** de către profileri.

2. Etapa de analizare și interpretare a informațiilor

Această etapă presupune organizarea informațiilor existente, într-un tipar sau model coerent.

Analiztii organizează și diferențiază informațiile adunate în cadrul primei etape și formează o structură specifică în realizarea profilului, astfel:

a. Intenția de a comite omorul

În unele cazuri, omorul poate fi rezultatul unor acțiuni întâmplătoare și nu rezultatul premeditării autorului. În cazul premeditării faptei, intenția autorului poate lua forma: (1) comiterii omorului ca îndeletnicire – cazul ucigașilor „la comandă”, (2) comiterii omorului din considerente emoționale, sentimentale sau de milă și (3) comiterea omorului din motive sexuale.

Ucigașul poate acționa în grup sau de unul singur.

b. Riscul victimal

Conceptul de risc victimal este folosit în mai multe etape ale procesului de realizare a profilului și oferă informații cu privire la modul în care a acționat autorul.

Riscul victimal se referă la victima infracțiunii și este stabilit folosind factori ca: nume, sex, rasă, vârstă, înălțime și greutate, constituție fizică, lungimea și culoarea părului, dioptriile ochelarilor de vedere, lentilele de contact, starea fizică generală, dizabilități/handicapuri, medicația obișnuită, uzul/abuzul de alcool și/sau droguri, tatuaje, îmbrăcăminte, statutul

militar, nivelul educației, dacă este student, coeficientul de inteligență, activitățile extracuriculare, dacă este angajat în muncă, tipul de angajare în muncă și evoluția profesională, condiția financiară, tipul de îmbrăcăminte preferat, aspectul fizic de ansamblu, apartenența religioasă, apartenența organizațională, membrii familiei și situația lor, locuința și condițiile de habitat, specificul vecinătății domiciliului, capacitatea de a comunica, tipul de răspuns la abordarea de către un străin, literatura preferată, pasiuni (hooby-uri), care sunt mijloacele favorite de transport (date despre mașina personală), conștientizarea nivelului propriu de securitate, obiceiuri sexuale (dacă are parteneri cunoscuți), programul zilnic, ieșiri favorite la sfârșit de săptămână, prieteni (număr/calitate), maturitatea și competența socială, elemente de stress și tipul acestora, antecedente penale etc.

Riscul victimal se prezintă sub trei forme: scăzut, normal și ridicat.

- risc victimal redus – persoane care, datorită vieții personale, profesionale și sociale, nu se expun situațiilor de pericol infrațional;

- risc victimal moderat – persoane cu reputație, în general, bună dar care, uneori, datorită locului de muncă (locația acestuia, programul orar etc), stilului de viață ori obiceiurilor personale se expun mai des situațiilor de pericol infrațional;

- risc victimal ridicat – persoane care datorită stilului de viață sau muncii desfășurate (traficantă, proxeneți, prostituate etc.) se expun permanent situațiilor de risc. Dacă victima este caracterizată la un înalt risc victimal, probabilitatea analistului de a realiza profilul criminalului necunoscut se diminuează semnificativ, datorită numărului foarte mare de făptuitori potențiali.

Ucișorii caută persoane cu un risc victimal ridicat, în locuri în care oamenii sunt mai vulnerabili, ca depouri de autobuze sau zone izolate și părăsite. În categoria riscului victimal scăzut intră persoane care, prin locul de muncă sau activitățile zilnice nu frecventează mediile care i-ar expune comiterii infracțiunilor. Datele cu privire la riscul victimal ajută la crearea unei imagini asupra criminalului.

c. Riscul infrațional

Datele cu privire la riscul victimal sunt completate cu cele privind riscul infarcțional, adică riscul la care se expune autorul când comite infracțiunea. De exemplu, răpirea unei persoane în timpul zilei, într-o zonă aglomerată prezintă un risc ridicat. Prin urmare, răpirea unei persoane cu risc victimal scăzut, într-o situație ce prezintă risc infrațional ridicat, oferă detalii despre autor cu privire la condițiile de stress în care acționează, convingerea sa că nu va fi prins, trăirile emoționale intense în timpul comiterii infracțiunii sau maturitatea emoțională.

d. Desfășurarea evenimentelor

Informațiile necesare stabilirii ordinii de desfășurare a evenimentelor sunt obținute în urma analizei faptelor efectuată în etapa a doua (analizarea și interpretarea informațiilor). Profilerii pot deduce ordinea în care au avut loc etapele comiterii omorului. Din aceste deduceri profilerii pot determina probabilitatea ca autorul să evolueze în timp (de la amenințări, la vătămare corporală, la viol, tâlhărie, omor) sau să se transforme într-un criminal în serie.

e. Timpul comiterii infracțiunii

Factorii externi pot include perioada de timp necesară uciderii victimei, comiterii de alte acte asupra corpului victimei sau ascunderii cadavrului; mediul diurn sau nocturn în care se săvârșește omorul etc. Toate acestea oferă informații cu privire la modul de viață și ocupația autorului. De exemplu, cu cât autorul petrece mai mult timp alături de victimă, cu atât este mai probabil să fie prins la locul comiterii infracțiunii. De aceea, ucigașul care dorește să petreacă o perioadă mai mare de timp împreună cu victima sa, va alege o locație care să excludă depistarea sau care îi este cunoscută.

Datele cu privire la loc – unde victima a fost abordată pentru prima oară, unde a fost comis omorul și dacă locul unde acesta a fost comis coincide cu cel unde a fost găsit cadavrul - pot oferi

și ele informații cu privire la autor. Se poate stabili dacă autorul a folosit un autovehicul pentru a transporta victima de la locul săvârșirii omorului sau dacă aceasta a decedat la locul de unde a fost rapită.

3. Analiza infracțiunii – reconstituire ipotetică

Bazată pe datele și informațiile obținute în etapele precedente, reconstituirea faptelor, așa cum au avut ele loc, a modului de comportare a părților, oferă informații despre unele caracteristici ale autorului, care vor fi prezente în profilul ce urmează a fi alcătuit. Sunt făcute presupuneri cu privire la clasificarea omorului, aspectele organizate/dezorganizate ale modului de comitere a infracțiunii, dacă omorul este înscenat sau nu, criteriul de selectare a victimei, strategiile de control asupra victimei, mobilul săvârșirii infracțiunii și dinamica acesteia.

Clasificarea unui omor ca fiind organizat sau dezorganizat, folosită pentru prima dată în analiza crimelor comise din pasiune, ulterior lărgindu-și aria de aplicare, presupune folosirea unor criterii ca: modul de selectare a victimei, strategii de preluare a controlului asupra acesteia și planificarea săvârșirii omorului.

Criminalul organizat este cel care își planifică omorurile, își alege victimele, preia controlul asupra acestora și acționează pentru a-și satisface fanteziile violente (sex, eviscerări, tortură).

Criminalul dezorganizat este mai puțin capabil să premediteze săvârșirea omorului, își alege victimele fără a avea vreun criteriu și se comportă haotic în timpul comiterii omorului.

Stabilirea faptului dacă un omor este „înscenat” sau nu (dacă autorul a fost într-adevăr organizat sau dezorganizat ori doar dacă a încercat să lase o impresie anume pentru a induce în eroare forțele de ordine) ajută la stabilirea de către profileri a adevăratului mobil al autorului.

Mobilul este un factor greu de determinat deoarece presupune luarea în calcul a unor gânduri proprii și a comportamentului autorului. Mobilul este mai ușor de stabilit în cazul criminalilor organizați, care premeditează, planifică și apoi duc la îndeplinire un plan organizat și complet. Criminalul dezorganizat săvârșește omorurile având ca mobil, în cele mai multe rânduri, porniri izvorâte din boli mintale și susținute de o gândire haotică (rezultat al halucinațiilor și închipuirilor). Drogurile și alcoolul, precum și starea de panică din timpul săvârșirii unei infracțiuni, sunt detalii luate în considerare în analizarea acesteia.

Dinamica săvârșirii infracțiunii reprezintă totalitatea elementelor întâlnite la majoritatea omorurilor care trebuie interpretate de către anchetator. Printre aceste elemente se numără: locul săvârșirii infracțiunii, cauza morții, modul de comitere, poziționarea cadavrului, traumele produse și localizarea rănilor.

Profilerul identifică și interpretează dinamica săvârșirii infracțiunii pe baza experienței și a cazurilor similare ale căror rezultate sunt cunoscute.

Cercetările efectuate de către F.B.I. și anchetele detaliate efectuate asupra deținuților care au săvârșit infracțiuni similare au oferit un vast material de cercetare în urma căruia s-au stabilit legături între elementele de dinamică a producerii infracțiunii și cele ale personalității autorului.

4. Etapa de realizare a profilului psihologic

A patra etapă în procesul de alcătuire a profilului psihologic are în vedere stabilirea tipului de persoană care ar fi putut comite acea infracțiune, precum și nivelul de organizare a comportamentului făptuitorului.

Datele existente într-un profil psihologic au în vedere: informații despre trecutul autorului (date demografice), trăsături fizice, obiceiuri, credințe, caracterul preinfracțional, precum și cel postinfracțional. Ar mai putea cuprinde recomandări cu privire la desfășurarea anchetei ori a identificării, reținerii și audierii autorului.

Această etapă are un rol important în stabilirea validității profilului. Profilul trebuie să se potrivească și să fie în concordanță cu reconstituirea efectuată în etapele anterioare, cu probele existente și cu datele obținute în urma analizei locului comiterii omorului. În plus, strategia de investigare a infracțiunii trebuie să fie în concordanță cu aprecierile privind modul de reacție a autorului în diferite circumstanțe. Dacă această concordanță nu există sau este vagă, profilerul va relua analiza datelor existente în cauza respectivă.

5. Etapa desfasurarii anchetei

Odata stabilită legatura dintre profilul realizat și elementele infracțiunii comise, se întocmește un raport scris care se va trimite agenției solicitante, ajutând astfel activitatea polițiștilor de identificare și prindere a autorului. Suspecții care se potrivesc cu profilul realizat sunt luați în atenție de către unitățile de poliție. Dacă are loc identificarea, reținerea și recunoașterea autorului, scopul profilului a fost atins.

6. Etapa prinderii autorului

Odată ce autorul a fost identificat și reținut, se va stabili concordanța dintre situația de fapt și analizele făcute de-a lungul procesului de realizare a profilului psihologic. Când autorul unui omor este identificat și reținut și își recunoaște fapta, se impune efectuarea unui interviu detaliat în vederea obținerii detaliilor comiterii omorului pentru a se verifica validitatea profilului.

Strategiile de efectuare a interviului-anchetă reprezintă, de asemenea, o preocupare constantă a analiștilor de profil. Această preocupare se datorează riscului de a rata soluționarea cazului atunci când, deși suspiciunile asupra persoanei anchetate sunt foarte înalte, probele care pot fi prezentate instanței nu sunt concludente și pertinente (probe circumstanțiale).

De aceea, metodologia și tactica aleasă pentru interviul-anchetă depind de o multitudine de factori, între care menționăm:

- certitudinea asupra datelor și informațiilor obținute în cauză;
- similitudinea între profilul furnizat de analiști și profilul suspectului;
- capacitatea și talentul de anchetator al persoanei disponibile din echipa de investigare a cazului;
- nivelul de adecvare pentru scopul propus al spațiului în care se va realiza interviul-anchetă;
- tipologia, inteligența și nivelul de rezistență la stress ale suspectului etc.

C. Concluzii

Una dintre analizele folosite de către profileri în realizarea profilelor psihologice urmează tiparul CE → DE CE → CINE. Odată ce datele și informațiile privitoare la săvârșirea infracțiunii au fost strânse (CE) iar motivele pentru acțiunile respective stabilite (DE CE), se va încerca sugerarea tipului de autor (CINE).

Analizele au demonstrat faptul că acest proces motivațional este un mod de examinare a detaliilor, dar nu și singurul, fiind identificate încă două.

Dacă procesul CE → DE CE → CINE este unul motivațional, al doilea proces, CE → CINE, este de tip corelațional.

Cel de-al treilea proces este tot unul corelațional, dar implică și o corelație de gradul al doilea. Poate fi descris ca un proces CE → CINE urmat de presupuneri viitoare, bazate pe predicția inițială cu privire la CINE. Cel de-al doilea proces, CE → CINE, implică, în principiu, folosirea de către profileri a informațiilor statistice corelate cu datele și informațiile cazului analizat. De exemplu, cunoscând un detaliu concret al omorului, rasa victimei, profilerul trece

peste etapa motivațională (DE CE), sugerând aceeași rasă și pentru autor (CINE). În această etapă a procesului, motivele psihologice și cauzele motivaționale nu sunt necesare profilerului. Al treilea proces are, de asemenea, la bază corelarea informațiilor existente cu datele statistice. De exemplu, presupunerea de gradul întâi se referă la vârsta autorului, apoi, pe baza acesteia, prin corelarea cu alte detalii se pot face presupuneri cu privire la starea civilă. Din nou se trece peste etapa motivațională (DE CE) și se folosește o succesiune de corelații de tip “dacă – atunci” pentru a se ajunge la portretul autorului pornind de la detaliile crimei.

Ca urmare a analizei acestor detalii, au fost propuse patru metode de îmbunătățire a predicției presupunerilor. Prima metodă se referă la îmbogățirea bazelor de date ce cuprind informațiile statistice cu privire la autorii infracțiunilor. Cu cât categoriile “autori de omor” sau “autori de viol” cuprind un număr mai mare de infractori, cu atât informațiile statistice despre aceștia vor fi mai numeroase și mai folositoare. Dacă eșantionul pe care se realizează analiza este mare, presupunerile făcute pe baza informațiilor statistice vor fi mai precise și de mai multă încredere.

A doua propunere are în vedere crearea unui sistem de tipare care ar cuprinde detalii menite să folosească la trasarea caracteristicilor convergente și distinctive în vederea utilizării acestora de către profileri. De exemplu, unele detalii ale modului de comitere a infracțiunii tind să indice o anumită vârstă pentru autor, în timp ce vârsta victimei ne îndrumă spre o altă categorie de infractori.

Cât timp motivele comiterii unui omor rămân necunoscute chiar și pentru autor, se poate propune, ca un **al treilea mod** de îmbunătățire a preciziei presupunerilor, înființarea unui nou domeniu de cercetare ce ar avea ca obiect studierea unor metode prin care motivația infracțională (DE CE) să susțină și să confirme informațiile statistice.

A patra metodă reiese din observația privitoare la faptul că profilerii sunt mai receptivi și mai preciși în realizarea anumitor sarcini dintre cele încredințate. De exemplu, un profiler a studiat mai mult timp raportul de expertiză medicală decât ceilalți și a folosit cu predilecție acest material în realizarea profilului. Alt profiler a petrecut mai mult timp studiind și cercetând fotografiile de la fața locului și printr-o examinare mai atentă a acestora a găsit unele detalii omise de către ceilalți. Un al treilea profiler a pus accent pe raportul victimologic. Dacă profilerii par să prefere anumite domenii din întregul câmp al profilului, pare normal ca profilele mai cuprinzătoare și mai precise să rezulte în urma muncii în grup a acestora.

Procesul de realizare a profilului psihologic necesită crearea unei concepții elaborate. Studiile efectuate au demonstrat faptul că realizarea profilului criminalului neidentificat reprezintă un proces complex care presupune mai mult decât o simplă analiză a detaliilor omorului (sub forma CE → DE CE → CINE). Prin urmare, stabilirea profilului personalității criminale este rezultatul unui proces complex care folosește caracteristici structurale la nivele diferite, corelații și predicții. În conceptualizarea acestui proces, teoria profilului, departe de a fi completă, trebuie să reflecte această complexitate.

D. “MODUS OPERANDI” ȘI “SEMNĂTURA”.

Modul de săvârșire a infracțiunii reprezintă o oglindă a personalității autorului faptei.

1. *Modus operandi* reprezintă comportamentul necesar pentru a comite o infracțiune. Modus operandi reprezintă “comportamentul învățat”.

Scop:

- asigură succesul comiterii faptei;
- protejează identitatea autorului;
- asigură scăparea infractorului.

Un infractor își desăvârșește modul de operare învățând din greșelile făcute cu prilejul săvârșirii infracțiunilor anterioare.

Modul de operare caracterizează:

- comportamentul învățat;
- schimbările dinamice pe parcursul săvârșirii faptei;
- experiența infracțională;
- educația autorului faptei;
- vârsta autorului.

Exemple privind moduri de operare:

- folosirea unor metode înșelătoare pentru a convinge victima să intre în mașină;
- adormirea victimei;
- aplicarea unor mijloace de constrângere odată ce victima a adormit

Notă: Omorurile în serie nu ar trebui corelate doar după criteriul modului de operare.

2. *Semnătura*. Comportament care nu este esențial în săvârșirea faptei. Semnătura reprezintă “cartea de vizită” a autorului.

Aspecte ale “semnăturii”:

- reprezintă manifestarea personalității autorului în săvârșirea faptei;
- relevă caracteristici comportamentale neobișnuite;
- este unică și are caracter ritual;
- prezintă repetabilitate comportamentală, verbală și nonverbală;

Exemple de “semnături”:

- crearea unui scenariu în vederea atragerii victimei;
- aranjarea spațiului; modificări ale locului comiterii infracțiunii;
- utilizarea de mijloace excesive de constrângere;
- efortul pentru depersonalizarea victimei;
- forța fizică aplicată în zona capului;
- inserarea unor obiecte străine în corpul victimei;
- mutilarea victimei;
- supraomorul;
- activitate post-mortem asupra corpului victimei;
- perioadă îndelungată de timp petrecută de împreună cu victima;
- cadavrele sunt afișate în așa fel încât să șocheze;
- cadavrele nu sunt ascunse;
- capul și fața victimei sunt acoperite cu pernă, cearceaf, plastic;
- suveniruri luate de la victimă – îmbrăcăminte, bijuterii, lenjerie intimă.

Notă: Aspectelor privind “semnătura” ar trebui să li se acorde mai multă atenție decât celor privind asemănările dintre victime.

3. *Profilul criminalului ORGANIZAT/DEZORGANIZAT*

a) Criminalul organizat:

- este competent din punct de vedere social;
- este angajat în locuri de muncă ce necesită un nivel înalt de pregătire;
- prezintă nivel de inteligență peste medie;
- este competent din punct de vedere sexual;
- este născut într-un mediu social înstărit;
- disciplina care i s-a aplicat în copilărie este, în mare parte, inconsistentă;
- starea anterioară omorului se caracterizează prin depresie și nervozitate;

- în timpul comiterii omorului își controlează acțiunile;
- consum de alcool în timpul săvârșirii infracțiunii;
- se precipită sub presiunea stresului;
- mobil, se deplasează cu mașina personală;
- urmărește reacția presei;
- își poate schimba locul de muncă sau poate părăsi orașul după săvârșirea infracțiunii;
- poate lua suveniruri de la victimă sau de la locul comiterii infracțiunii, pentru a retrăi evenimentul;

- manifestă indiferență afectivă;
- este iresponsabil și egocentrist;
- dispune de o personalitate schimbătoare, de tip "cameleon";
- influențează ușor persoanele din jurul său;
- este sistematic și atent;
- călătorește în căutarea victimelor;
- trăiește la depărtare de locul comiterii infracțiunii;
- se integrează bine în societatea modernă;
- alegerea victimelor este făcută la întâmplare.

b) Criminalul dezorganizat:

- inteligență medie;
- prezintă imaturitate socială; nu se integrează la locul de muncă;
- este incompetent din punct de vedere sexual;
- este născut într-o familie săracă; i-a fost aplicată o disciplină aspră în copilărie;
- stare agitată în timpul comiterii faptei;
- consum minim de alcool;
- trăiește singur;
- trăiește / lucrează aproape de locul săvârșirii faptei;
- informațiile ce apar în presă cu privire la fapta comisă nu-l interesează;
- manifestă aversiune față de societate;
- se simte respins și singur; stabilește cu greu relații interpersonale;
- săvârșește omorul cuprins de un sentiment de frenezie;
- se comportă și arată ciudat;

4. *Caracteristici ale locului de săvârșire a infracțiunii:*

a) În cazul criminalilor organizați:

- infracțiunea este premeditată - există dovezi ale unui plan (anterior, în timpul și după comiterea infracțiunii);

- există un plan pentru a evita identificarea;
- victima este un străin ales cu grijă;
- urmărește victima;
- personalizează victima;
- conversează civilizat; își folosește abilitățile verbale pentru a atrage victima; câștigă încrederea victimei;

- locul de comitere a infracțiunii reflectă existența unui control din partea autorului;
- folosește mijloace de constrângere;
- ascunde cadavrul;
- arma crimei este adusă de autor și apoi ascunsă;
- este dominat de fantezii și ritualuri;

- transportă corpul victimei în locuri dinainte stabilite.
- b) În cazul criminalilor dezorganizați:
 - infracțiunea este comisă brusc; săvârșirea infracțiunii este spontană; autorul ucide instantaneu pentru a obține astfel controlul;
 - folosește atacuri fulgerătoare, din spate; victima este surprinsă nepregătită;
 - nu folosește mijloace de constrângere;
 - arma, de obicei, este aleasă la întâmplare; este luată de la victimă sau găsită la locul comiterii infracțiunii; adesea este lăsată la sau în apropierea locului faptei;
 - nu dispune de un plan pentru a evita identificarea autorului faptei;
 - este caracterizat prin dezordinea faptelor sale;
 - cauza morții victimei este, de obicei, strangularea, înjunghierea sau traumele fizice prin lovire;
 - procedează la depersonalizarea victimei
 - cadavrul prezintă mutilări produse după survenirea morții; supraomorul; urme de mușcăături, canibalism sau vampirism; desfigurarea feței victimei; ură necontrolată;
 - autorul cunoaște victima sau victima seamănă cu cineva anume;
 - realizează un contact verbal minim cu victima;
 - inserează obiecte străine în corpul victimei;
 - manifestă curiozitate sexuală;
 - locul comiterii infracțiunii și cel al găsirii cadavrului coincid;
 - nu face nici o încercare de a ascunde cadavrul;
 - la locul crimei există abundență de probe, mai ales amprente;
 - existența unor ritualuri; omorul urmărește satisfacerea unor fantezii;
 - cadavrul este poziționat în mod simbolic;

5. *Termeni utilizați pentru realizarea profilului criminalului neidentificat (în limbajul analiștilor FBI)*

Omor deosebit de grav:

- omorul asupra a patru sau mai multe persoane;
- comis de către un singur autor;
- săvârșit printr-o singură acțiune, într-un singur loc, într-o perioadă scurtă de timp

Omorul sub influența unor sentimente puternice și spontane

- omoruri multiple / un singur eveniment;
- două sau mai multe locații;
- inexistența unei perioade de “calmare”;
- perioada în care este săvârșită fapta poate fi mai mult sau mai puțin lungă.

Omor in serie:

- uciderea a trei sau mai multe persoane prin fapte distincte;
- existența unei perioade de “calmare” între omorurile comise;
- presupune premeditarea și alegerea victimelor;
- motivul este de ordin psihologic;
- locul comiterii omorului reflectă existența unor dereglări ale comportamentului sexual sau porniri sadice.

Ascunderea:

- depunerea de eforturi ca un cadavru să nu fie găsit;
- întârzie descoperirea faptei;

- permite scurgerea timpului necesar autorului pentru a dispărea.

Expunerea:

- cadavrul este poziționat într-un anumit mod;
- cadavrul este plasat într-un loc în care va fi găsit cu siguranță;
- poziționarea cadavrului la vedere;

Aruncarea:

- interes redus sau inexistent de a ascunde cadavrul; grabă.

Cosmetizare/Inscenare

- schimbarea intenționată a locului comiterii infracțiunii;
- efectuată pentru a direcționa greșit desfășurarea anchetei.

Riscul victimal:

– gradul în care o persoană se expune sau contribuie la transformarea sa în victima unei infracțiuni;

- susceptibilitatea de a deveni victimă a violențelor;
- grad ridicat de pericol – este rezultat din cauza deciziilor pripite sau erorilor comportamentale ale victimelor potențiale.

Riscul infracțional:

- gradul de expunere la risc a autorului unei infracțiuni;
- locația, timpul și circumstanțele sunt elementele ce trebuie luate în considerare.

Aspecte interesante:

- aspecte comportamentale care, aparent, nu au legătură cu infracțiunea;
- elemente care par să nu se integreze în tabloul săvârșirii infracțiunii;
- posibilitatea ca autorul să fi fost eliberat dintr-un centru pentru boli psihice.

Supraomorul:

– existența traumelor în număr mult mai mare de cat ar fi necesar pentru a omorî o persoană;

- dovada unei stări accentuate de mânie / ură;
- poate sugera existența unei relații între autor și victimă;
- comportamentul victimei îl poate influența pe cel al autorului;

Referințe bibliografice

1. CRIMINAL INVESTIGATIVE ANALYSIS, NATIONAL CENTRE FOR THE ANALYSIS OF VIOLENT CRIME, FBI ACADEMY, Quantico, Va., 1990;
2. Ainsworth, P. B. (2001). *Offender profiling and crime analysis*. Cullompton, Devon: Willan Publishing.
3. Canter, D. V. (2000). *Offender profiling and criminal differentiation*. *Legal and Criminological Psychology*, 5, 23–46.
4. Canter, D. V., Alison, L. J., Alison, E., & Wentink, N. (2004). *The organized/disorganized typology of serial murder: Myth or model?* *Psychology, Public Policy, & Law*, 10, 293–320.
5. Canter, D. V. (1994). *Criminal shadows: Inside the mind of the serial killer*. London: Harper Collins.
6. Douglas, J.E., & Munn, C.M. (1992a). *Modus operandi and the signature aspects of violent crime*. In J.E. Douglas, A.W. Burgess, A.G. Burgess, & R.K. Ressler (Eds.), *Crime classification manual* (pp. 259–268). New York: Lexington Books.
7. Douglas, J.E., & Munn, C.M. (1992b) *Violent crime scene analysis: Modus operandi, signature, and staging*. *FBI Law Enforcement Bulletin*, February. Retrieved 2 June 2004. From <http://www.fbi.gov/library/leb/leb.htm>.
8. Funder, D. C., & Colvin, C. R. (1991). *Explorations in behavioral consistency: Properties of person, situations, and behaviors*. *Journal of Personality and Social Psychology*, 60, 773–794.
9. Grubin, D. (1994). *Sexual murder*. *British Journal of Psychiatry*, 165, 624–629.
10. Godwin, M., & Canter, D. (1997). *Encounter and death: The spatial behaviour of US serial killers*. *Policing: International Journal of Police Strategy and Management*, 20, 24–38.
11. Groff, E. R., & McEwen, J. T. (2004, March). *Disaggregating the journey to homicide*. Paper presented at the 7th Annual International Crime Mapping Research Conference, Boston, USA.
12. Hickey, E. (2002). *Serial killers and their victims* (3rd ed.). California: Wadsworth.
13. Holmes, R. M., & Holmes, S. T. (1998). *Serial murder* (2nd ed.). California: Sage Publications.
14. Keppel, R.D. (1995a). *Signature murders: A report of several related cases*. *Journal of Forensic Sciences*, 40, 670–674.
15. Keppel, R.D. (2004). *Offender profiling*. Ohio: Thomson Custom Publishing.
16. Keppel, R.D., & Birnes W.J. (1997). *Signature killers*. New York: Pocket Books.
17. Prentky, R. A., Burgess, A. W., Rokous, F., Lee, A., Hartman, C., Ressler, R., & Douglas, J. (1989). *The presumptive role of fantasy in serial sexual homicide*. *American Journal of Psychiatry*, 146, 887–891.
18. Ressler, R. K., Burgess, A. W., Douglas, J. E., Hartman, C. R., & D'Agostino, R. B. (1986). *Sexual killers and their victims: Identifying patterns through crime scene analysis*. *Journal of Interpersonal Violence*, 1, 288–308.
19. Salfati, C. G. (2003). *Offender interaction with victims in homicide: A multidimensional analysis of frequencies in crime scene behaviours*. *Journal of Interpersonal Violence*, 18, 490–512.
20. Salfati, C. G. (2000). *The nature of expressiveness and instrumentality in homicide*. *Homicide Studies*, 4, 265–293.
21. Salfati, C. G., & Canter, D. V. (1999). *Differentiating stranger murders: Profiling offender characteristics from behavioral styles*. *Behavioral Sciences and the Law*, 17, 391–406.
22. Santilla, P., Canter, D., Elfgrén, T., & Hakkanen, H. (2001). *The structure of crime-scene actions in Finnish homicides*. *Homicide Studies*, 5, 363–387.
23. Shoda, Y., Mischel, W., & Wright, J. C. (1994). *Intraindividual stability in the organization and patterning of behaviour incorporating psychological situations in the idiographic analysis of personality*. *Journal of Personality and Social Psychology*, 67, 674–687.

MIRANDA RULE. IMPACT ON THE ROMANIAN CRIMINAL TRIAL*

Mircea DAMASCHIN**
Corina DUMITRU***

Abstract

We hereby want to analyze the right of the accused or of the defendant against self-incrimination in a criminal trial, a relatively recent right introduced in the Romanian law, directly connected with the right to self-defense in a criminal trial. Furthermore, we will approach the obligations held by the Romanian legislator, within the prerogatives of the criminal legal authorities for guaranteeing this right and meanings that can be retained in case of breach of such procedure. In order to establish the origin of the regulation, the first section of the study will describe the history of the institution, starting from the Supreme Court jurisprudence from the state of Arizona in the already famous trial *Arizona vs. Miranda*. We will further present the legal framework instituted for implementing this right in the European legal space, section in which we will also approach the position of the European Court of Human Rights with respect to the issue subjected to the analysis. In the third section, we will present the legal framework instituted in Romania, while attempting to mainly highlight the legal relevance of this basic procedural right, as well as the possibility of retaining the existence of an inter-conditioning with the principle of the right to a fair trial, according to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

Keywords: criminal trial in Romania, Miranda rule, the defendant's right against self-incrimination, right to a defense, evidence in criminal matter.

Introduction

“You have the right to remain silent. Anything you say can be used against you in court. You have the right to the presence of an attorney. If you cannot afford an attorney, one will be appointed for you prior to any questioning”. Here is how the Miranda rule applies, also known as “the defendant's right against self-incrimination”, the rule which originated from a famous trial in the United States of America, the case *Miranda vs. Arizona*.

The right to remain silent is also defined in the most important international human rights documents. Therefore, by the meaning of art. 14 par. 3, lett. g of the International Covenant on Civil and Political Rights, *everyone charged with a criminal offence shall have the right, in full equality, not to be compelled to testify against himself or to confess guilt*.

After the global echoes of this trial and by reporting to the content of the most important international document adopted in the field of human rights, the Romania legislator introduced for the first time in the Code of criminal procedure the accused or defendant's right not to be compelled to testify against himself in 2003, with Law no. 281¹. Thus, the right to remain silent was defined in a previous distinct procedure, in principle, taking the first statement, procedure within which the accused or defendant is informed of the following aspects: regarding the deed committed, what is the legal framing thereof, which lead to defense and that he/she can benefit

* This paper has been prepared within the research project „Standardization of Judicial Practice and Harmonization With the ECHR Jurisprudence, a Mandatory Condition to Enforce Justice. Legislative Proposal to Grant Aconsistent Judicial Practice” (ID-1094) financed by the Romanian Minister of Education, Research, Youth and Sports

** Lecturer Ph.D., Law Faculty, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: mircea.damaschin.lesij@univnt.ro).

*** Student, Law Faculty, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest (dumitru.i.corina@gmail.com).

¹ Law no. 281 of June 24, 2003 on the change and completion of the Code of criminal procedure and of special laws was published in the Official Gazette of Romania, part I, no. 468 of July 1, 2003.

from a chosen attorney, the fact that he is not compelled to make any declarations and is informed of the possibility that its declarations, if he/she agrees to give a statement, can be used against him during the criminal trial.

Literature review

The *Miranda* rule had many international reviews, especially in the American legal space. In this sense we refer to a series of articles: **Peter Arenella**, *Miranda Stories*, in Harvard Journal of Law and Public Policy, no. 20, 1997, p. 375-387; **Gerald M. Caplan**, *Questioning Miranda*, in Vanderbilt Law Review, no. 38/1985, p. 1417-1476; **Paul G. Cassell**, *All Benefits, No Costs: The Grand Illusion of Miranda's Defenders*, in Northwestern University Law Review, no. 90/1996, p. 1084-1124; **Paul G. Cassell, Hayman S. Brett**, *Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of Miranda*, in U.C.L.A. Law Review, no. 43/1996, p. 839-931; **Floyd Feeney**, *Police Clearance: A Poor Way to Measure the Impact of Miranda on the Police*, in Rutgers Law Journal, no. 32/2000, p. 1-114; **Alfredo Garcia**, *Is Miranda Dead, Was It Overruled, or Is It Irrelevant?*, in St. Thomas Law Review, no.10/2000, p. 461-505; **Yale Kamisar**, *Remembering the 'Old World' of Criminal Procedure: A Reply to Professor Grano*, in University of Michigan Journal of Law Reform, no. 23/1990, p. 537-589; **Yale Kamisar**, *Can (Did) Congress 'Overrule' Miranda?*, in Cornell Law Review, no. 85/2000, p. 883-955; **Richard A. Leo, White S. Welsh**, *Adapting to Miranda: Modern Interrogators' Strategies for Dealing with the Obstacles Posed by Miranda*, in Minnesota Law Review, no. 84/1999, p. 397-472; **William Stuntz**, *Miranda's Mistake*, in Michigan Law Review, no. 99/2001, p. 975-999; **George C. Thomas III**, *The End of the Road for Miranda v. Arizona?: On the History and Future of Rules for Police Interrogation*, in American Criminal Law Review, no. 37/2000, p. 1-39.

The issue of the legal authorities' intervention in the individual's private life, in breach of the right to inviolability of correspondence is widely debated in the national and international specialized literature. Considering a series of national studies, as follows: **Ioan Lascu**, *Specifics of investigation and research of corruption crimes in the light of the new legal changes (Particularitati de investigare și cercetare a infracțiunilor de corupție în lumina noilor modificări legislative)*, Dreptul magazine no. 11/2002, p. 137-148; **Mircea Damaschin**, *Audio or video recordings and photographs*, Criminal law magazine no. 3/2001, p. 49-56; **Augustin Lazăr**, *Interceptions and audio and video recordings (Interceptările și înregistrările audio sau video)*, Criminal law magazine no. 4/2003, p. 36-51; **Angela Hărăștășanu**, *Intercepting and recording calls or communications, Interceptarea și înregistrarea convorbirilor sau comunicărilor*, Criminal law magazine no. 2/2004, p. 69-75; **Dan Lupășcu**, *Some observations on the interceptions and audio or video recordings*, Law Magazine no. 2/2005, p. 169-171; **Camelia Bogdan**, *Audio and video interceptions*, Criminal law magazine, no. 1/2006, p. 106-113.

Miranda rule. Impact on the Romanian criminal process

1. Miranda Rule and the criminal trial in the United States of America

The right to remain silent was for the first time brought into question by the Supreme Court of the United States of America, in a trial in which the person accused was Ernesto Arturo Miranda, trial that released echoes which resulted legal changes and various controversies².

² We must remind ourselves that the problem of admissibility within the North-American criminal processes of the declarations obtained by using violence is previous to 1966. In this sense, we consider, for example, the *Brown vs.*

Therefore, in 1963, Ernesto Arturo Miranda was arrested for rape and abduction crimes. At the headquarters of the police in Phoenix he confirmed committing the crimes he was charged with in a declaration. But before giving the declaration, he was not read his rights, respectively the right to remain silent and to have an attorney. In spite of the objections raised by its lawyer, during the trial that followed, the court sentenced him to 20 years in prison, decision which was maintained in appeal. In this context, the case reached the Supreme Court of the State of Arizona, the defense invoking the non-admission of the declaration made by the police authorities of the city of Phoenix in the conditions of breach of the procedure of informing the defendant on the rights held at that particular time. The supreme court of the state of Arizona admitted the request of non-admittance of the declaration taken from Ernesto Arturo Miranda. The court defended the decision taken, by invoking the 5th amendment from the Constitution of the United States of America, in the context of non-informing the defendant of the right to remain silent and possibility to have a lawyer chosen or assigned by default³. In addition, the supreme court of the state of Arizona referred to the existence of studies that mention the existence of practices of police officers that use of methods that could be considered acts of torture (display of a distrusting attitude towards the innocence of the suspect, appeal to emotional subterfuges, rebuilding the scenario of the criminal activity from which the reality of committing the action by the latter was implied, presenting an eventual procedure in which the only advantageous possibility for the suspect was to assume guilt, etc).

Practically, the court admitted the request of the defense of considering the need to institute trial guarantees to determine the observance of the suspect's privilege against self-incrimination, otherwise the presumption of constraint can be retained. In this sense, the court ruled that legal authorities of the state must edict norms with an objective right of observance of the right to remain silent.

The decision of the Supreme Court of the state of Arizona generated a number of controversies. So, if for the liberals this rule represents not only the respect for the individual's civil rights but also a protection against the coercive force of the legal state authorities, for conservators the rule is defined as "the embodiment of the worst sins of liberalism". In this sense, Richard M. Nixon accused this rule of undermining the police efficiency and promised that in the election campaign he will name judges which will be "strictly conservators" and who will exercise the legal power with authority. Nixon also declared that this rule will lead to the increase of criminality⁴.

In spite of the large opposite current, in 1968 the Miranda rule was voted by the USA Congress, the legal framework being included in the Code of criminal procedure of the USA. (Title 18, Part 2, Chapter 223, Section 3501, „admissibility of the confessions”). According to this rule, in any criminal trial in the USA, a confession can be admitted only if it is willingly made, without any constraint. Before admitting the declaration of admittance of guilt as evidence, the

Mississippi case from 1936, in which it was ruled that the declarations of admittance of guilt obtained from the deputy sheriff that, used the physical attributes against the suspect (strikes of belt, hanging the suspect in a tree) are "involuntary" in the sense of lack of approval from the audited party (George C. Thomas III, Richard A. Leo, *The Effects of Miranda v. Arizona: „Embedded” in Our National Culture?*, Crime and Justice, The University of Chicago, 2002). Also previous to the decision in the *Miranda vs Arizona case*, but interconditioned to the theory of admissibility of the declarations of admittance of guilt, the hypothesis the length of the of hearings was debated. In this sense, it was differently appreciated, either than the large duration of the hearing can lead to the inadmissibility of the means of evidence obtained (the *Lisenba vs. California* case from 1941), or that the declarations obtained under these circumstances cannot be deemed to be obtained against the will of the audited party (*Ashcraft vs. Tennessee* case 1944). For details see George C. Thomas III, Richard A. Leo, *op.cit.*

³ http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo_roui.htm

⁴ <http://www.reason.com/news/show/27663.html>

judge, in lack of a jury, must analyze the circumstances in which it was obtained. The law compels the judges to take into account, upon ruling on the admissibility of guilt, the following circumstances:

1. if the defendant knew or not at the moment of delivering the confession of the nature of the prosecution brought against him;
2. if he/she was informed of its right not to issue any declaration and that any declaration can be used against him/her;
3. if the defendant was informed before making the statement on its right to a lawyer;
4. if at the moment of the making the confession the accused was or not in the presence of a lawyer;
5. of the time elapsed from its arrest and charging and if the declaration was made after his arrest, but before being charged.⁵

Furthermore, in the text of the law it is mentioned that the declaration of recognition of guilt can be obtained as an oral confession as well as a written confession given by the accused.

In these conditions, the statements by which the person accused of committing a crime performed self-incrimination can be admitted as evidence only if the person accused was fully acquainted with its rights afferent to this stage.

Nevertheless, the right to remain silent continued to generate many controversies in the American legal world. Thus, in 1977 in the case *Brewer vs. Williams*, the Supreme Court ruled that the discussions held by police officers in the presence of the accused, in which references are found to true circumstances of the case and to possible solutions, can focus on obtaining confessions from the accused⁶.

Another relevant issue concerning the true implementation of the Miranda rule consisted of establishing whether or not to admit in trial the evidence obtained against the accused's will – Therefore, in 1966, in the case *Schmerber v. California*, it was ruled the implementation of the 5th amendment of the USA Constitution for obtaining declarations from the person accused of committing a crime, this principle not generating effects on other evidence procedures⁷.

In another case, *Michigan v. Tucker* (1974), after arresting the guilty person for committing the rape crime, and before starting the interrogation, he was read the right to remain silent and the right to an attorney but he was not informed of the right to an attorney in default if he cannot afford one. At the cross-examination, the defendant declared that in the night in which he was withheld with a friend (Henderson), who was subsequently audited by the police as witness, before going front of a court of law, Tucker requested that the declarations of the witness Henderson should not be taken into account because he was not informed of the rights resulting from the 5th amendment. The Supreme Court on the dockets of which this case arrived rejected this request, referring to the case *Schmerber v. California*, the Miranda procedure being applied only with respect to a suspect. Furthermore, the omission of the police authorities to inform the accused that a lawyer will be provided to him by default, if he did not choose one, has no relevance in the validity of Henderson's declarations⁸.

The trial ritual for the implementation of the Miranda rule does not exclude the possibility of the suspect to waive the right against self-incrimination. In this sense, in this case, *Miranda vs. Arizona*, ruled that the right to remain silent is an option given to the suspect of committing a crime. This thesis was reaffirmed in 1994, in the case *Davis v. United States*. Therefore, in fact the suspect wavered the right to remain silence and to a lawyer, being subjected to the police

⁵ http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sec_18_00003501----000-.html

⁶ http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0430_0387_ZS.html

⁷ <http://law.wisc.edu/rcid/caselaw/federal/384-us-757.htm>

⁸ <http://supreme.justia.com/us/417/433/>

cross-examination. During the questioning he repeated several times “*maybe I should get a lawyer*”. In this context, the court of law ruled that this expression, *maybe I should get a lawyer*, is not a practice of the right to a lawyer⁹.

Directly connected to the effects of the Miranda rule, another issue debated in the jurisprudence of the American legal authorities was the admissibility of a confession made by a person suffering of a mental disease. Therefore, in 1983, Francis Connelly approached a police officer to whom he confessed committing a crime. The policeman having informed the person of his right to remain silent, the suspect described the crime. Subsequently it was proven that Francis Connelly suffered from chronic schizophrenia at the time of the confession. First of all, the declarations of admitting committing a crime were rejected as being unwillingly made. However, the Supreme court of the state of Colorado ruled that by the meaning of the Miranda rule persons suspect of committing a crime are defended against the constraints of legal authorities and that, actually, no form of constraint can be withheld as long as the suspect was informed of the right to remain silent¹⁰.

After the enactment of the trial rights of the suspect by Section 3501 of the Code of criminal procedure of USA, controversies appeared regarding the priority of the application, of the text of law, of the jurisprudence resulting from the case *Miranda vs. Arizona*. This conflict between a legal norm and a jurisprudence solution was possible because by the meaning of the American criminal law, no true transposition of the provisions of the decision of legal authorities was made. This dilemma existed for 3 decades, until 1997, the solution coming from a legal case, as famous as *Miranda vs. Arizona*. It's the *Dickerson vs. S.U.A. case*.

On January 27, 1997, Charles T. Dickerson was brought to Washington D.C , where he was audited in connection to committing a robbery on a bank in Alexandria, Virginia. During the cross-examination, Dickerson denied being involved in this crime. Special agent Lawor left the room where the examination was carried out. After a short period of time he returned and informed the audited person that at that time a team of agents were making a house search. In this context, Dickerson gave a declaration in which he confessed that he participated in the crime, as driver. Furthermore, he indicated the name of Jimmi Rochester as author of the crime¹¹. After these declarations, Dickerson was charged. Subsequently, in May 19, 1997, Dickerson filed a request, demanding the rejection of the declarations and of the material evidence obtained on the basis of the searches made in his apartment and in his car for the reason that he had not been read his rights.

The request filed was first of all admitted and it was ruled on the rejection thereof as evidence based on the breach of the Miranda rule. In the appeal filed against this decision, this decision was reconsidered. Therefore, it was decided that although the breach of the Miranda rule could still be taken into account, the provisions of Section 3501 from the Code of criminal procedure of the USA had been observed. Thus, the declarations obtained were admitted, being legally administered.

The case reached the Supreme Federal Court of the United States of America.

In order to rule, the Federal Supreme Court had the following arguments presented by the prosecution:

1. The Miranda procedure is not constitutionally defined. All the set of rules are auxiliary measures to the legal norms included in the Code of criminal procedure.

⁹ <http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1949.ZC1.html>

¹⁰ *Colorado vs. Connelly case*, 1986, (http://www1.law.umkc.edu/suni/wrongful_convictions/colorado_v_Connelly.htm). Another one would be the solution in case of a declaration given by a suspect on the hospital bed after a shooting, under the influence of morphine. In this case, the declaration of recognition is not admitted.

¹¹ <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/99-5525.ZS.html>

2. The legal authority (USA Congress) has the right to enact, by changing and completing the jurisprudence (in our case, the solution in the case *Miranda vs. Arizona*), as it actually did, by the meaning of Section 3501.

3. Section 3501 represents the legal substitute of the Miranda rule. Its main function is to guarantee the defendant's right to remain silent.

4. If it is deemed that the jurisprudence solution from the *Miranda vs. Arizona case* was breached, on one case, but Section 3501 was applied, the declaration obtained is legal.

5. It was also invoked the aspect of public order consisting of the practice of releasing persons suspects of committing crimes only based on the argument that they were not informed of the rights included in the Miranda Rule.

Furthermore, the court of law had the following arguments presented by the defense:

1. By applying the Miranda procedure, the privilege of the suspicious person against self-incrimination is guaranteed.

2. The jurisprudence solution in the Miranda case was imposed after the interpretation and implementation of the USA Constitution. This measure in the Miranda case was imposed after the interpretation and implementation of the USA Constitution. This measure is an attribute under the authority of the federal Supreme Court. The legal power has no authority of changing or completing through norms aspects in connection with constitutional provisions.

3. By the meaning of Section 3501, the rights resulting from the jurisprudence solution in *Miranda vs. Arizona case* are not totally guaranteed.

4. *The Miranda rule*, based on its role of source of legal precedent, played an important role in the American criminal legal system. This enabled the legal authorities to apply this procedure for 30 years, seeing a routine in this sense.

5. Through the enactment process of the Miranda rule, a different procedure was obtained, which leads to the conclusion that this lead to the annulment of the solution of the Supreme Court, ruled on the basis of the USA Constitution.

Based on these arguments, the Supreme Court of the United States of America decided that the jurisprudence solution, ruled on the basis of the Constitution, has a priority in this conflict, in disfavor of the text of the Section 3501. In this sense, it was invoked the argument that the decisions of the Supreme Court cannot be annulled through normative acts of the law. In addition, the constitutionality of the Miranda law consists in the consistent implementation thereof by the state authorities for 30 years. As for the deviations from the Miranda Rule, these do not prove the contrary, only that no rule is immutable.

In conclusion, based on these judgments, the federal court ruled on the priority of the solution of 1964 based on whatever regulations that might digress from the spirit of the Constitution, underlining a very important aspect of the primary solution, the court's urge addressed to the American states to take all the measures for transposing this solution¹².

As a conclusion on the impact of this privilege of the audited suspect in connection to committing a crime in the North-American legal space, the specialized literature stipulates that the Miranda Rule is so present in the police auditing procedures, that it can be considered a part of the American national culture¹³.

¹² <http://www.streetlaw.org/dickersonvus.html>

¹³ "Miranda has become embedded in routine police practice to the point where the warnings have become part of our national culture" (George C. Thomas III, Richard A. Leo, *op.cit.*).

2. The Miranda rule and the criminal process in the European legal space

We will briefly exemplify the right of the person against self-incrimination with regulations taken from some of the European countries.

Thus, in Germany, according to art. 136 par. 1 from the Code of criminal procedure, the accused must be informed, before making its first declaration, on the crime he is charged with and on the legal framing thereof. He will also be informed on its right to choose to answer the legal authorities' questions or not to make any declaration. Last but not least, he will be informed on the right to be assisted by a lawyer chosen before the questioning.

In Italy, according to art. 64 par. 3 from the Code of criminal procedure, before starting the hearing, the suspect will be warned that the declaration that will be made can be used against it, on the right not to answer any question (except for the ones aimed at identifying him/her) and on the fact that if he chooses to remain silent the procedure will continue. The breach of the provisions leads to the inadmissibility of the declaration taken by the person suspected of committing the crime¹⁴.

In Holland the defendant is not forced to answer questions. In this sense, according to art. 29 par. 2 from the Code of penal procedure, before starting the hearing, the defendant will be informed of the fact that he has the right not to answer any questions. After the fulfillment of the legal authorities' obligations, a minutes will be drafted.

Furthermore, in Czech Republic the accused may not declare against itself (art. 33 par. 1 from the Code of criminal procedure).

Connected to the right of the persons suspected of committing a crime against self-incrimination, it is relevant the content of art. 6 par. 1 from the European Convention on Human Rights and Fundamental freedoms¹⁵, according to which *everyone is entitled to a fair and public hearing ... of its case by an independent and impartial court established by the law, that will decide on ... the validity of any prosecution of criminal matter against him*. It is noticed that the right to remain silent is not explicitly regulated but the European Court of the Human rights, constantly ruled that the right not to make statements and the right against self-incrimination are generally recognized international standards that lie at the basis of the concept of a fair trial. At the same time, the protection of the person against self-incrimination is an important element for protecting persons accused against the use of oppressive and coercive means, connected to the principle of presumption of innocence¹⁶. Furthermore, the defendant's right to choose to talk or to be silent in a criminal investigation was deemed breached by the use of the declarations of another detainee, informer of the police, instructed on the questions addressed to the defendant and with respect to which he recognized committing the crime. In this sense the information was obtained

¹⁴ For details see Giorgio Spangher, Giovanni Paolo Voena, in Giovanni Conso, Vittorio Grevi et alii, *Profili del nuovo Codice di procedura penale, quarta edizione*, Cedam, Padova, 1996, p. 74-79.

¹⁵ The Convention for the defense of the human rights and fundamental freedoms, adopted in Rome on November 4, 1950, as well as the additional protocols, was ratified by Romania by law no. 30 of May 18, 1994, published in the Official Gazette no. 135 of May 31, 1994

¹⁶ The Saunders vs. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland case in the Decisions of the European Court of Human Rights. *Selective compendium*, vol. II, Polirom publishing press, Iași, 2001, p. 179-189. In this case it was deemed that by forcing the defendant to give statements to civil servants, under the pressure of applying criminal sanctions and using these incriminatory declarations during the legal procedures, affects the right to keep silent, fundamental component of the right to a fair trial. In the criminal process, the prosecution must prove and formulate the accusation without recurring to evidence obtained by coercive or oppressive means, against the accused's will.

against the defendant's will that had chosen a passive conduct, by not declaring anything to the legal authorities¹⁷.

3. Miranda rule and the Romanian criminal trial

In the Romanian specialized literature it is deemed that the right to defense, necessary guarantee for the realization of a balance between the interests of the person and that of the company¹⁸, by the importance it bears, exceeds even the defendant's interests, because this right encompasses the entire criminal process and the legal activity in general¹⁹.

By considering the jurisprudence of the European Court of Human Rights, by reporting to the content of the main legal instruments afferent to the human rights ratified by Romania, the procedural law has been changed several times for guaranteeing the implementation of the defense right during the criminal legal procedure.

One of the completions to the national criminal law consists of defining the defendant's recognized right of non-declaration. In this sense, by the meaning of art. 70 par. 2 from the Code of criminal procedure, changed by Law no. 281/2003, before being audited, the defendant is informed of the deed, object of the case, the right to have an attorney, as well as the right not to make any statement, stressing the fact that what he/she declares can be used against him/her. Subsequently, by the meaning of Law no. 356/2006²⁰, this text of law was completed with the obligation of the legal authorities to inform the defendant on the legal framing of the deed he is charged with.

The text of law stipulates it is obvious that the obligation of the criminal investigation bodies must be fulfilled before the moment of taking the first declaration to the defendant. The procedure is valid only for the first statement, which means that in case of subsequent statements, the defendant must not be informed on the application of a right already communicated.

Nevertheless, the Romanian legislator decided that the Miranda procedure must be applied also in the stage of legal research, before taking the first declaration from the defendant. In this sense, the text of art. 322 par. 1 from the Code of legal procedure was modified by Law no. 356/2006, with the following content: *the presidentexplains to the defendant the charge brought against him/her ... informs the defendant on the right not to make any statement, stressing that what he declares may be used against him and regarding the right to put questions to co-defendants, to the other parties, witnesses, experts and to give explanations during the legal research, when deemed necessary*²¹. In these conditions, we think that the current trial framework in Romania is characterized by the close regulation of the right of the person accused of committing a criminal deed of not declaring against itself. Thus, there are two moments in which

¹⁷ The *Allan vs. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* case, in Corneliu-Liviu Popescu, *Drepturile de procedură în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (Procedural rights in the jurisprudence of the European Human Rights Court) (2001-2002)*, Publishing Press All Beck, Bucharest, 2003, p. 240-244.

¹⁸ Traian Pop, *Drept procesual penal (Criminal law)*, vol. I, National Typography, Cluj, 1947, p. 345.

¹⁹ Ion Neagu, *Drept procesual penal (Criminal law). General part. Treaty*, Publishing Press Global Lex, Bucharest, 2008, p. 93-94.

²⁰ Law no. of July 21, 2006 on the change and completion of the Code of criminal procedure was published in the official gazette of Romania, part. I, no. 677 of August 7, 2006.

²¹ Until the change of Law no. 356/2006, art. 322 from the Code of criminal procedure had the content below: *The president orders for the registrar to read the act of notification of the court, in which it presents to the defendant the particularities of the charges brought against him/her. At the same time, it clarifies the defendant on its right not to question the co-offenders, the other parties, witnesses, experts, as well as to give explanations during the legal researches when deemed necessary.*

the legal body shall inform the defendant on this right, particularly: before taking the first statement by the criminal investigation authorities and the moment before taking the first declaration in the stage of legal research.

The breach of the provisions of art. 322 from the Code of criminal procedure can lead to the incidence of the relative annulment sanction, by the meaning of art. 197 par. 1 and 4 from the Code of Criminal procedure. Hence, in a case brought in front of the Supreme court of Romania it was released the issue of observance of the defendant's right to remain silent in the stage of legal research. Actually, it was retained that the court of law, after reading the document of acknowledgement has taken the declaration from the defendant without informing him of the privilege to remain silent. It was observed that in the stage of criminal investigation, the rights defined in art. 70 from the Code of criminal procedure were observed by the criminal investigation authorities, the Supreme court divided that no sanction of annulment shall be applied, no breach of the defendant's trial interests being harmed²².

An interesting problem can appear regarding the right to remain silent within the procedure of ascertaining flagrant crimes.

Thus, the specifics of the activity of ascertainment of the flagrant crimes are represented by the drafting of a minutes of ascertainment, trial document representing the quintessence of the probation in the respective case. In this sense, the minutes will include the description of the criminal illegality ascertained, the defendant's declarations, of the harmed person and the ones of the assisting witnesses, as well as registering all the other evidence activities imposed by each case, according to the specifics thereof (investigation at the scene of the crime, establishing the nature of certain substances, collecting objects and documents, results of body search, etc.). The document in question, drafted at the scene of the crime therefore fulfills primarily the tale of the most important element of probation, but also servers to mark the starting of the criminal investigation²³.

Are the legal authorities obliged to provide to the defendant the right to remain silent during the execution of the activity of ascertainment of the flagrant crime? The question is justified by the provisions of art. 70 par. 1 from the Code of legal procedure with refers to the quality of "guilty" that might lead to the supposition that, at the time of ascertaining the crime, the defendant, not being charged, the legal bodies are not obliged to inform him/her of not declaring anything.

We think that this interpretation cannot be received.

Therefore, it must be taken into account the fact that, at the moment of ascertaining the crime of the person in question is required to give its first statement. In the practice of the bodies of criminal investigation, in many cases, the defendant recognizes the commission of the crime, describes the nature and quantity of the smuggled substances, discovered upon it, the sum of money received or offered for the realization of the acts of corruption, etc. The defendant's conduct of recognition lies in the characteristics of the specific hypothesis of the flagrant crime, characterized by the shock of catching the accused in the act. The same coordinates are maintained also in case of investigating the accused after committing the deed, the activity has as final point, in the majority of cases, the immobilization thereof. Under these circumstances, doubled by the inequality of status of the two camps, by the advantage of the position of legal authorities, recognition of the deed, self-incrimination of the offender, all are very probable aspects.

All these declarations obtained through a strictly temporary reporting, previous to the starting of the criminal process, are registered in the minutes of ascertainment and, often times are fixed on a video magnetic band. It is easily appreciated that the evidence value of these evidence

²² High Court of Cassation and Justice, criminal section, decision no. 828 of February 8, 2006.

²³ Ion Neagu, *Drept procesual penal. (Criminal law), Special part. Treaty*, Publishing Press Global Lex, Bucharest, 2008, p. 89.

means is very important for proving the offender's guilt. We think that, together with the effective ascertainment of the crime, the declarations obtained from the offender immediately after being retained are the main evidence elements on which the crime is supported. It can be concluded that the prosecution is supported by the self-incrimination of the offender.

In the same spirit, in the specialized literature²⁴ it was deemed that the procedure of ascertainment of a flagrant crime implies the criminal investigation bodies' obligation of informing the offender of the right to be assisted by a defender, subsequently mentioning this in the content of the declaration, registered in the minutes. It results that although it cannot be retained the existence of a trial frameworks, the activities of ascertainment of the flagrant crime are dominated by guaranteeing the defense's rights.

What is more, in case of a flagrant crime, the legal authorities shall ensure the presence of a defender at the date and time fixed for the development of the activity. Nevertheless we express out reserves for this interpretation, considering that the specific elements of the procedure in question, in this sense, in several hypotheses it is practically impossible to ensure the presence of a defender at the scene.

All these reasons lead to the conclusion that, immediately after ascertaining the commitment of a flagrant crime, the legal authorities shall inform the legislator of the rights of the defense, among which the right to remain silent. Consequently, before taking his/her first statement (in which there are included the questions placed by the criminal investigation bodies regarding the circumstances of committing the criminal deed), the offender must know he/she has the right not to declare anything and that anything he/she declares can be used against him/her, during the legal procedure.

The sanction that can intervene in case of breach of the obligation of informing the offender of the defendant of the right to remain silent is a relative nullity, by the meaning of art. 197 par. 1 and 4 from the Code of criminal procedure. Nevertheless, in circumstances leading to the conclusion of breach of such obligation had consequences on the finding out of the truth and the right solving of the case, relative nullity will be invoked under the legal regime of an absolute nullity being highlighted at the request of the parties or by def ullityanytime during the criminal procedure. In this sense, if the declarations were obtained in breach of the right to silence and are proven to be decisive for retaining the offender's guilt, the existence of a procedure vice can be invoked to determine the nullity of the evidences obtained.

Conclusions

The year 2003 was the beginning of the regulation of the Miranda rule for the Romanian legal system. Under these circumstances, in the process of enactment, the solutions taken from the North-American jurisprudence but not necessarily, were taken into account, especially the similar norms explicitly defined (International pact on civil and political rights) or taken from the interpretation of the most important international documents Romania signed (The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms)

The regulation suffered further changes and completions in 2006, being still an international and national controversial aspect. Among these, we have presented the applicability of the Miranda rule for the hypothesis of the procedure of observing flagrant crimes. In this sense, we have appreciated that legal authorities shall inform the person caught in the act of the specific rules of the Miranda rule, for analyzing the evidence value of this first statement obtained in these circumstances.

²⁴ C. Ioanițoaie, V. Bercheșan, I.-E. Sandu et alii, *Tratat de tactică criminalistică (Treaty of criminal strategy)*, 2nd edition, reviewed and completed, Carpati Publishing Press, Craiova, 1992, p. 299.

References

Book

1. Bernard Bouloc, *Procédure pénale* (Publishing Press, Dalloz, 2008), 1055
2. Giovanni Conso, Vittorio Grevi et alii, *Profili del nuovo Codice di procedura penale, quarta edizione* (Padova, Publishing Press Cedam, 1996)
3. Ion Neagu, *Drept procesual penal. Partea generală. Tratat (Legal procedural law. General Part Treaty)* (Bucharest, Publishing Press Global Lex, 2007), 583
4. Ion Neagu, *Drept procesual penal. Partea specială. Tratat (Legal procedural law. General Part. Treaty)* (Bucharest, Publishing Press Global Lex, 2008), 542
5. François Saint-Pierre, *Le guide de la défense pénale* (Dalloz, 2007), 1082
6. Grigore Theodoru, *Tratat de drept procesual penal (Criminal procedural law treaty)* (Bucharest, Publishing Press Hamangiu, 2007), 1020

Journal article

Article in a print journal

1. Peter Arenella, „Miranda Stories”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, no. 20 (1997), 375-387
2. Gerald M. Caplan, „Questioning Miranda”, *Vanderbilt Law Review*, no. 38 (1985), 1417-1476
3. Paul G. Cassell, All Benefits, „No Costs: The Grand Illusion of Miranda's Defenders”, *Northwestern University Law Review*, no. 90 (1996), 1084-1124
4. Paul G. Cassell, Hayman S. Brett, „Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of Miranda”, *U.C.L.A. Law Review*, no. 43 (1996), 839-931
5. Mircea Damaschin, „Dreptul invinuitului de a nu se autoincrimina”, (The defendant's right against self-incrimination) *Magazine Dreptul*, no. 2 (2005), 49-56
6. Valerica Dabu, Bogdan Licu, „Dreptul la tacere si marturisirea extrajudiciara” (The Right to remain silent and extra-judicial confession), *Magazine ProLege*, no. 2 (2003), 62-76
7. Valerica Dabu, Ana Maria Gusanu, „Reflectii asupra dreptului la tacere si marturisirea extrajudiciara” (Reflections on the right to remain silent and the extra-judicial confession) , *Magazine of Criminal Law*, no. 4 (2004), 60-72
8. Ioan Doltu, „Efectele omisiunii ascultarii invinuitului dupa citirea actului de sesizare a instantei” (The effects of omitting to listen the defendant after reading the act of notification of the court) , *Magazine Dreptul*, no. 2 (2006), 189-196
9. Mircea Dutu, „Semnificatii procedural-penale ale dreptului la tacere”, (Procedural/criminal meanings of the right to remain silent) *Magazine Dreptul*, no. 12 (2004), 180-189
10. Floyd Feeney, „Police Clearance: A Poor Way to Measure the Impact of Miranda on the Police”, *Rutgers Law Journal*, no. 32 (2000), 1-114
11. Alfredo Garcia, „Is Miranda Dead, Was It Overruled, or Is It Irrelevant?”, *St. Thomas Law Review*, no.10 (2000), 461-505
12. Ioan Griga, Monica Ungureanu, „Dreptul la tacere al invinuitului si inculpatului” (The defendant and accused's right to remain silent) , *Magazine of Criminal Law*, no. 1 (2005), 37-42
13. Yale Kamisar, „Remembering the 'Old World' of Criminal Procedure: A Reply to Professor Grano”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, no. 23 (1990), 537-589
14. Yale Kamisar, „Can (Did) Congress 'Overrule' Miranda?”, *Cornell Law Review*, no. 85 (2000), 883-955
15. Richard A. Leo, White S. Welsh, „Adapting to Miranda: Modern Interrogators' Strategies for Dealing with the Obstacles Posed by Miranda”, *Minnesota Law Review*, no. 84 (1999), 397-472
16. Petronela Negrea-Drucan, „Atitudinea psihologica a invinuitului sau inculpatului in fata organelor judiciare” (Psychological Attitude of the defendant or accused in front of the legal authorities) , *Magazine Dreptul*, no. 3 (2006), 220-223
17. William Stuntz, „Miranda's Mistake”, *Michigan Law Review*, no. 99 (2001), 975-999
18. George C. Thomas III, „The End of the Road for Miranda v. Arizona?: On the History and Future of Rules for Police Interrogation”, *American Criminal Law Review*, no. 37 (2000), 1-39.

Article in an online journal

1. Mark Berger, Oliver H. Dean, „American Perspective On Self-Incrimination And The Compelled Production Of Evidence”, International Journal Of Evidence And Proof, October 2002 (<http://www.lexisnexis.com/us/lnacademic/search/homesubmitForm.do>)
2. Susan Nash, „Surreptitious Interrogation And Notions Of Fairness: Allan v. United Kingdom”, International Journal Of Evidence And Proof, April 2003 (http://www.lexisnexis.com/us/lnacademic/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T3728863141&format=GNBFI&sort=BOOLEAN&startDocNo=1&resultsUrlKey=29_T3728863144&cisb=22_T3728863143&treeMax=true&treeWidth=0&csi=255307&docNo=5)
3. George C. Thomas III, Richard A. Leo, „The Effects of Miranda v. Arizona: „Embedded” in Our National Culture?”, Crime and Justice, The University of Chicago, 2002 (<http://www.lexisnexis.com/us/lnacademic/search/homesubmitForm.do>)
4. Peter Mirfield, „Case Note: Miranda Exclusionary Rule Re-Affirmed: US v Dickerson”, International Journal Of Evidence And Proof, March 2001 (http://www.lexisnexis.com/us/lnacademic/results/docview/docview.do?start=6&sort=BOOLEAN&format=GNBFI&risb=21_T3728728026)
5. Raymond J. Toney, „Disclosure Of Evidence And Legal Assistance At Custodial Interrogation: What Does the European Convention Of Human Rights Require?”, International Journal Of Evidence And Proof, March 2001 (http://www.lexisnexis.com/us/lnacademic/results/docview/docview.do?start=5&sort=BOOLEAN&format=GNBFI&risb=21_T3728728026)

REGULA MIRANDA. IMPACTUL ASUPRA PROCESULUI PENAL DIN ROMÂNIA *

Mircea DAMASCHIN **
Corina DUMITRU ***

Abstract

În prezentul studiu ne propunem să analizăm dreptul învinuitului sau inculpatului de a nu se autoincrimina în cadrul procesului penal, drept relativ recent introdus în legislația din România, și care are importante conexiuni cu dreptul la apărare în procesul penal. De asemenea, vom aborda obligațiile pe care legiuitorul român le-a stabilit în sarcina autorităților judiciare penale în vederea garantării exercitării acestui drept și semnificațiile care pot fi reținute în ipoteza încălcării acestei proceduri. Pentru a stabili originea reglementării, în prima secțiune a studiului vom prezenta istoricul instituției, plecând de la jurisprudența Curții Supreme a statului Arizona în deja celebrul proces Arizona vs. Miranda. Ulterior vom prezenta cadrul legislativ instituit în vederea exercitării acestui drept în spațiul judiciar din Europa, secțiune în cadrul căreia vom aborda și poziția Curții Europene a Drepturilor Omului față de problematica supusă analizei. În cea de-a treia secțiune, vom prezenta cadrul legal instituit în România, încercând să evidențiem, în principal, semnificația juridică a acestui drept procesual fundamental, precum și posibilitatea reținerii existenței unei intercondiționări cu principiul dreptului la un proces echitabil, așa cum este definit în Convenția Europeană a Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale.

Keywords: procesul penal în România, regula Miranda, dreptul inculpatului de a nu se autoincrimina, dreptul la apărare, probațiunea în materie penală.

Introducere

„Ai dreptul la tăcere. Orice vei spune poate și va fi folosit împotriva ta în instanță. Ai dreptul la un avocat, în cazul în care nu-ți permiți, unul din oficiu va fi desemnat”¹. Cam așa suna regula Miranda, denumită și “dreptul învinuitului de a nu se auto-incrimina”, regula ce-și are izvorul într-un celebru proces din Statele Unite ale Americii, cazul *Miranda vs. Arizona*.

Dreptul la tăcere este, de asemenea, consacrat în cele mai importante documente internaționale privind drepturile omului. Astfel, conform art. 14 alin. 3 lit. g din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice² *orice persoană acuzată de comiterea unei infracțiuni are dreptul, în condiții de deplină egalitate, să nu fie silită să mărturisească împotriva sa însăși sau să se recunoască vinovată.*

* Studiul a fost elaborat în cadrul proiectului de cercetare “Uniformizarea practicii judiciare și armonizarea cu jurisprudența CEDO, imperativ al înfăptuirii justiției. Propuneri legislative privind asigurarea unei practice judiciare unitare (contract 860/19.01.2009, cod CNCISIS ID-1094) finanțat de Ministerul Educației, Cercetării, Tineretului și Sportului.

** Lector universitar doctor, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu”, București (e-mail: mircea.damaschin.lesij@univnt.ro; damaschin.mircea@gmail.com).

*** Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu”, București (e-mail: dumitru.i.corina@gmail.com).

¹ „You have the right to remain silent. Anything you say can be used against you in court. You have the right to the presence of an attorney. If you cannot afford an attorney, one will be appointed for you prior to any questioning” (*Miranda vs Arizona*, 1966).

² Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, aprobat de Adunarea generală a O.N.U. la 16 decembrie 1966, a fost ratificat de România prin Decretul nr. 212 din 31 octombrie 1974, publicat în Buletinul Oficial nr. 146 din 20 noiembrie 1974.

În urma ecurilor la scară globală ale acestui proces și prin raportare la conținutul celor mai importante documente internaționale adoptate în domeniul drepturilor omului, legiuitorul din România a introdus pentru prima dată în Codul de procedură penală dreptul învinutului sau inculpatului de a nu declara împotriva sa în anul 2003, prin Legea nr. 281³. În acest sens, dreptul la tăcere a fost consacrat în cadrul unei proceduri distincte anterioare, în principiu, luării primei declarații, procedură în cadrul căreia învinutului sau inculpatului i se aduc la cunoștință următoarele aspecte: în ce constă fapta săvârșită, care este încadrarea juridică a acesteia, faptul că are dreptul la apărare și că poate beneficia de un apărător ales, faptul că nu este obligat să declare nimic și este încunoștințat despre posibilitatea ca cele declarate, în ipoteza în care acesta consimte să dea o declarație, să poată fi folosite împotriva lui pe parcursul procesului penal.

Literatura de specialitate în domeniul analizat

Regula *Miranda* a beneficiat, în plan internațional, de numeroase studii, mai cu seamă în lumea juridică americană. Amintim, în acest sens, o serie de articole, după cum urmează: **Peter Arenella**, *Miranda Stories*, în *Harvard Journal of Law and Public Policy*, nr. 20, 1997, p. 375-387; **Gerald M. Caplan**, *Questioning Miranda*, în *Vanderbilt Law Review*, nr. 38/1985, p. 1417-1476; **Paul G. Cassell**, *All Benefits, No Costs: The Grand Illusion of Miranda's Defenders*, în *Northwestern University Law Review*, nr. 90/1996, p. 1084-1124; **Paul G. Cassell, Hayman S. Brett**, *Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of Miranda*, în *U.C.L.A. Law Review*, nr. 43/1996, p. 839-931; **Floyd Feeney**, *Police Clearance: A Poor Way to Measure the Impact of Miranda on the Police*, în *Rutgers Law Journal*, nr. 32/2000, p. 1-114; **Alfredo Garcia**, *Is Miranda Dead, Was It Overruled, or Is It Irrelevant?*, în *St. Thomas Law Review*, nr.10/2000, p. 461-505; **Yale Kamisar**, *Remembering the 'Old World' of Criminal Procedure: A Reply to Professor Grano*, în *University of Michigan Journal of Law Reform*, nr. 23/1990, p. 537-589; **Yale Kamisar**, *Can (Did) Congress 'Overrule' Miranda?*, în *Cornell Law Review*, nr. 85/2000, p. 883-955; **Richard A. Leo, White S. Welsh**, *Adapting to Miranda: Modern Interrogators' Strategies for Dealing with the Obstacles Posed by Miranda*, în *Minnesota Law Review*, nr. 84/1999, p. 397-472; **William Stuntz**, *Miranda's Mistake*, în *Michigan Law Review*, nr. 99/2001, p. 975-999; **George C. Thomas III**, *The End of the Road for Miranda v. Arizona?: On the History and Future of Rules for Police Interrogation*, în *American Criminal Law Review*, nr. 37/2000, p. 1-39.

Problematica intervenției autorităților judiciare în viața privată a individului, prin încălcarea dreptului la inviolabilitatea corespondenței este amplu dezbătută în literatura de specialitate națională și, mai ales internațională. Avem în vedere, în plan național, o serie de studii, după cum urmează: **Ioan Lascu**, *Particularitățile de investigare și cercetare a infracțiunilor de corupție în lumina noilor modificări legislative*, *Revista Dreptul* nr. 11/2002, p. 137-148; **Mircea Damaschin**, *Înregistrările audio sau video și fotografiile*, *Revista de Drept Penal* nr. 3/2001, p. 49-56; **Augustin Lazăr**, *Interceptările și înregistrările audio sau video*, *Revista de Drept Penal* nr. 4/2003, p. 36-51; **Angela Hărăștășanu**, *Interceptarea și înregistrarea convorbirilor sau comunicărilor*, *Revista de Drept Penal* nr. 2/2004, p. 69-75; **Dan Lupașcu**, *Unele observații privind interceptările și înregistrările audio sau video*, *Revista Dreptul* nr. 2/2005, p. 169-171; **Camelia Bogdan**, *Interceptările audio și video*, *Revista de Drept Penal* nr. 1/2006, p. 106-113.

³ Legea nr. 281 din 24 iunie 2003 privind modificarea și completarea Codului de procedură penală și a unor legi speciale a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 468 din 1 iulie 2003.

Regula Miranda. Impactul asupra procesului penal din România

1. Regula Miranda și procesul penal în Statele Unite ale Americii

Dreptul la tăcere a fost pentru prima dată pus în discuție de către Curtea Supremă a Statelor Unite ale Americii, în cadrul unui proces în care persoana acuzată era Ernesto Arturo Miranda, proces ce a stârnit ecouri determinând schimbări legislative și numeroase controverse⁴.

Astfel, în anul 1963, Ernesto Arturo Miranda a fost arestat pentru săvârșirea infracțiunilor de viol și răpire. La sediul poliției din Phoenix acesta a recunoscut faptele pentru care a fost acuzat printr-o declarație. Dar înainte de a da declarația, acestuia nu i-au fost citite drepturile, respectiv dreptul la tăcere și dreptul de a avea un avocat. În ciuda obiecțiilor ridicate de către avocatul său, pe parcursul procesului care a urmat, instanța l-a condamnat la 20 de ani închisoare, hotărâre care a fost menținută în apel. În aceste condiții, cauza a ajuns pe rolul Curții Supreme a Statului Arizona, apărarea invocând inadmisibilitatea declarației luată de organele de poliție ale orașului Phoenix în condițiile nerespectării procedurii de încunoaștințare a făptuitorului despre drepturile procesuale exercitabile la acel moment. Instanța supremă a statului Arizona a admis cererea de inadmisibilitate a declarației luată lui Ernesto Arturo Miranda. În argumentarea deciziei, instanța a invocat încălcarea amendamentului V din Constituția Statelor Unite ale Americii, în condițiile neinformării făptuitorului despre privilegiul de a tăcea și despre posibilitatea de a avea un avocat ales sau desemnat din oficiu⁵. De asemenea, instanța supremă a statului Arizona a făcut referire la existența unor studii din care rezulta existența unor practici ale ofițerilor de poliție constând în folosirea unor metode care puteau fi încadrate în conceptul de tortură (afișarea unei atitudini neîncrezătoare în nevinovăția suspectului, apelul la subterfugii emoționale, refacerea scenariului activității infracționale din care se desprindea evidența comiterii faptei de către cel în cauză, prezentarea unei eventuale proceduri în care singura posibilitate avantajoasă pentru suspect era asumarea vinovăției, etc).

Practic, instanța a admis cererea apărării în considerarea necesității de a fi instituite garanții procesuale care să determine respectarea privilegiului suspectului de a nu se autoincrimina, în caz contrar putând fi reținută prezumția de constrângere. În acest sens, instanța a statuat că organele legislative ale statului trebuie să edicteze norme care să aibă drept obiectiv respectarea dreptului la tăcere.

Decizia Curții Supreme a statului Arizona a generat numeroase controverse, mai ales la nivel politic. Astfel, dacă pentru liberali această regulă reprezenta nu numai respectul pentru drepturile civile ale individului dar și o protecție împotriva forței coercitive a autorităților judiciare ale statului, pentru conservatori regula era definită ca fiind “întruchiparea celor mai rele păcate ale

⁴ Trebuie însă să amintim că problematica admisibilității în cadrul proceselor penale nord-americane a declarațiilor obținute prin întrebarea de violență este mult anterioară anului 1966. În acest sens, avem în vedere, spre exemplu, cazul *Brown vs. Mississippi* din anul 1936, în care s-a statuat că declarațiile de recunoaștere a vinovăției obținute de un ajutor de șerif care, în acest scop, a uzat de violențe fizice îndreptate împotriva suspectului (lovituri cu centura, agatarea suspectului într-un copac) sunt „involuntare” în sensul lipsei consimțământului celui audiat (George C. Thomas III, Richard A. Leo, *The Effects of Miranda v. Arizona: „Embedded” in Our National Culture?*, Crime and Justice, The University of Chicago, 2002). Tot cu caracter de anterioritate față de decizia în cazul *Miranda vs Arizona*, dar aflată în intercondiționalitate cu teoria admisibilității declarațiilor de recunoaștere a vinovăției, s-a dezbătut ipoteza duratei audierilor. În acest sens, s-a apreciat în mod diferit, fie că durata mare a interogatoriului poate determina constatarea inadmisibilității mijlocului de probă astfel obținut (cazul *Lisenba vs. California* din anul 1941), fie că declarațiile obținute în aceste circumstanțe nu pot fi apreciate ca fiind obținute în contra voinței persoanei audiate (cazul *Ashcraft vs. Tennessee*, 1944). Pentru detalii a se vedea George C. Thomas III, Richard A. Leo, *op.cit.*

⁵ http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo_roui.htm

liberalismului⁶. În acest sens, Richard M. Nixon a acuzat această regulă de subminare a eficienței poliției și a promis în campania electorală că va numi judecători care vor fi „strict conservatori” și care vor exercita autoritar puterea judecătorească. De asemenea Nixon a declarat ca aceasta regulă ar avea ca efect creșterea criminalității⁶.

În ciuda puternicului curent *contra*, în anul 1968 regula Miranda a fost votată de Congresul S.U.A., cadrul legal regăsindu-se în Codul de procedură penală al S.U.A. (Titlu 18, Partea a doua, Capitolul 223, Secțiunea 3501, „admisibilitatea marturisirilor”). Conform acestei reglementări, în orice proces penal din S.U.A., o mărturisire poate fi admisă numai în condițiile în care ea a fost făcută voluntar, în afara oricăror constrângeri. Înainte de a admite declarația de recunoaștere a vinovăției ca probă, judecătorul, în lipsa juriului, trebuie să analizeze circumstanțele în care aceasta a fost obținută. Legea îl obligă pe judecător să ia în considerare, în momentul în care apreciază asupra admisibilității declarației de recunoaștere a vinovăției, următoarele circumstanțe:

1. dacă învinuitul avea cunoștință sau nu la momentul declarației de natura acuzației ce i se aduce;
2. dacă a fost informat în legătură cu dreptul său de a nu face nicio declarație și că orice declarație făcută ar putea fi folosită împotriva sa;
3. dacă acuzatul a fost informat înainte de a face declarația despre dreptul său la un avocat;
4. dacă la momentul mărturisirii acuzatul se afla sau nu în prezența unui avocat;
5. de timpul scurs între arestarea sa și punerea sub acuzare și dacă declarația a fost făcută după arestare, dar înainte de punerea sub acuzare.⁷

De asemenea, în textul de lege se menționează că declarația de recunoaștere a vinovăției poate fi obținută atât prin recunoașterea orală a celor săvârșite, cât și prin declarația dată în scris de acuzat.

În aceste condiții, declarațiile prin care persoana acuzată de săvârșirea unei infracțiuni proceda la autoincriminarea sa putea fi admise ca mijloace de probă doar în condițiile în care persoana acuzată era în deplină cunoștință în legătură cu drepturile sale procesuale specifice acestei etape.

Cu toate acestea, dreptul la tăcere a continuat să genereze numeroase controverse în lumea juridică americană. Astfel, în anul 1977, în cauza *Brewer vs. Williams*, instanța supremă a statuat că discuțiile purtate de ofițerii de poliție în prezența acuzatului, în care să se regăsească referiri la împrejurările concrete ale cauzei și la posibile soluții, pot avea drept scop obținerea unor mărturisiri din partea celui acuzat⁸.

O altă problemă cu relevanță în ceea ce privește aplicarea concretă a regulii Miranda a constat în stabilirea admisibilității în proces a probelor obținute împotriva voinței acuzatului. Astfel, în anul 1966, în cazul *Schmerber v. California*, s-a statuat că amendamentul V al Constituției S.U.A. este de aplicare doar în ceea ce privește obținerea de declarații de la persoana acuzată de comiterea unei infracțiuni, acest principiu neproducând efecte asupra altor procedee probatorii⁹.

Într-o altă cauză, *Michigan v. Tucker* (1974), după arestarea învinuitului pentru comiterea infracțiunii de viol, și înainte de a se trece la interogatoriu, i s-a precizat că are dreptul de a nu spune nimic și că are dreptul la un avocat, dar nu i s-a adus la cunoștință despre faptul că, în situația în care nu-și permite un avocat ales, i se va desemna unul din oficiu. La interogatoriu, învinuitul a relatat că în noaptea în care a fost reținut fusese împreună cu un prieten (Henderson), care ulterior a fost audiat de poliție în calitate de martor. Declarația acestui martor era de natură să

⁶ <http://www.reason.com/news/show/27663.html>

⁷ http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sec_18_00003501----000-.html

⁸ http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0430_0387_ZS.html

⁹ <http://law.wisc.edu/rcid/caselaw/federal/384-us-757.htm>

conducă la incriminarea suspectului. În aceste condiții, Tucker, înainte de a ajunge în fața unei instanțe judecătorești a solicitat ca declarațiile martorului Henderson să nu fie luate în considerare întrucât acestuia nu i se adusese la cunoștință drepturile rezultate din amendamentul nr. V. Instanța supremă pe rolul căreia a ajuns această cauză a respins această cerere, în condiționare cu speța *Schmerber v. California*, întrucât procedura Miranda nu este de aplicare decât față de persoana suspectă. De asemenea, s-a considerat că omisiunea organelor de poliție de a-i aduce la cunoștință acuzatului că un avocat va fi numit din oficiu, în ipoteza în care acesta nu va proceda la alegerea unui, nu are relevanță în ceea ce privește temeinicia declarațiilor lui Henderson¹⁰.

Ritualul procesual specific aplicării regulii Miranda nu exclude posibilitatea suspectului de a renunța la dreptul de a nu se autoincrimina. În acest sens, în aceeași cauză, *Miranda vs. Arizona*, s-a statuat că dreptul la tăcere este reprezentat o opțiune a persoanei suspectate de comiterea unei infracțiuni. Această teză a fost reafirmată în anul 1994, în cauza *Davis v. United States*. Astfel, în fapt, suspectul a renunțat la dreptul la tăcere și la un avocat, supunându-se interogatoriului poliției. În timpul interogatoriului acesta a repetat de câteva ori “*poate ar trebui să îmi iau un avocat*”. În acest context, instanța de judecată a opinat că această expresie, “*poate ar trebui să îmi iau un avocat*”, nu constituie o exercitare a dreptului la avocat¹¹.

În directă legătură cu efectele regulii *Miranda*, o altă problemă care a fost dezbatută în jurisprudența autorităților judiciare americane a reprezentat-o admisibilitatea unei mărturisiri venită din partea unei persoane ce suferă de o boală psihică. Astfel, în anul 1983, Francis Connelly a abordat un ofițer de poliție căruia i-a mărturisit despre comiterea unei infracțiuni de omor. În circumstanțele în care ofițerul de poliție i-a adus la cunoștință că are dreptul de a nu declara nimic, suspectul i-a relatat despre săvârșirea infracțiunii. Ulterior s-a dovedit că Francis Connelly suferea de schizofrenie cronică la momentul mărturisirii. În primă instanță, declarațiile de recunoaștere a comiterii infracțiunii au fost respinse ca fiind involuntare. Instanța supremă a statului Colorado a statuat însă că prin regula *Miranda* persoanele suspecte de săvârșirea unei infracțiuni sunt apărate împotriva constrângerilor autorităților judiciare și că, în speța concretă, nu poate fi reținută vreo formă de constrângere atâta vreme cât suspectului i s-a adus la cunoștință despre dreptul la tăcere¹².

Ca urmare a legiferării drepturilor procesuale ale suspectului prin Secțiunea 3501 a Codului de procedură penală al S.U.A., au apărut controverse relativ la prioritatea de aplicare, fie a textului de lege, fie a jurisprudenței reieșită din cazul *Miranda vs. Arizona*. Acest conflict între o normă legală și o soluție jurisprudențială a fost posibil întrucât prin legea procesual penală americană nu s-a realizat o transpunere fidelă a celor statuate prin decizia autorităților jurisdicționale. Această dilemă a fost prezentă timp de 3 decenii, până în anul 1997, rezolvarea venind în urma unui caz judiciar, la fel de celebru precum *Miranda vs. Arizona*. Este vorba despre cazul *Dickerson vs. S.U.A.*

Pe 27 ianuarie 1997, Charles T. Dickerson a fost dus la Washington D.C., pentru a fi audiat în legătură cu săvârșirea unei infracțiuni de jaf asupra unei bănci din Alexandria, Virginia. În timpul interogatorului, Dickerson a negat implicarea lui în comiterea acestei infracțiuni. Agentul special Lawor a părăsit camera unde se desfășura interogatoriu. După o perioadă scurtă de timp acesta s-a întors și i-a adus la cunoștință celui audiat că în acel moment la el acasă o echipă de agenți efectuau o percheziție domiciliară. În aceste condiții, Dickerson a dat o declarație prin care mărturisise că a participat la comiterea infracțiunii, în calitate de șofer. De asemenea, acesta a

¹⁰ <http://supreme.justia.com/us/417/433/>

¹¹ <http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1949.ZC1.html>

¹² Cazul *Colorado vs. Connelly*, 1986, (http://www1.law.umkc.edu/suni/wrongful_convictions/colorado_v_Connelly.htm). Alta ar fi însă soluția în ipoteza unei declarații date de un suspect pe patul de spital ca urmare a unei împușcături, aflat sub influența morfinei. În acest caz, declarația de recunoaștere este inadmisibilă.

indicat numele lui Jimmi Rochester ca autor al acestei infracțiuni¹³. Ca urmare a acestor declarații, Dickerson a fost pus sub acuzare. Ulterior, pe 19 mai 1997, Dickerson a formulat o cerere prin care solicita respingerea declarațiilor și a probelor materiale obținute în urma perchezițiilor efectuate la el în apartament și în autoturism pe motiv că nu i-au fost citite drepturile.

În primă instanță, cererea formulată a fost admisă și s-a decis respingerea acestor mijloace de probă pe considerentul încălcării *Regulii Miranda*. În apelul formulat împotriva acestei hotărâri, s-a revenit asupra mijloacelor de probă în discuție. Astfel, s-a hotărât că, deși se putea lua în considerare încălcarea *Regulii Miranda*, totuși dispozițiile Secțiunii 3501 din Codul de procedură penală al S.U.A. au fost respectate. Ca atare, declarațiile obținute au fost apreciate ca fiind admisibile, fiind legal administrate.

Cazul a ajuns pe rolul Curții Supreme Federale a Statelor Unite ale Americii.

Pentru a judeca, instanța supremă federală a beneficiat de următoarele argumente ale acuzării:

1. Procedura Miranda nu are consacrare constituțională. Tot acest set de reguli are caracterul unor măsuri auxiliare normelor legale cuprinse în Codul de procedură penală.

2. Autoritatea legislativă (Congresul S.U.A.), are dreptul de a legifera, prin modificarea sau completarea jurisprudenței (în cazul nostru, soluția în cazul *Miranda vs. Arizona*), cum de altfel a și făcut, prin Secțiunea 3501.

3. Secțiunea 3501 reprezintă substitutul legal al *Regulii Miranda*. Principala sa funcție este aceea de a garanta dreptul învinutului la tăcere.

4. În condițiile în care se constată că nu a fost respectată soluția jurisprudențială reieșită din cazul *Miranda vs. Arizona*, pe de o parte, dar că Secțiunea 3501 a fost aplicată, declarația astfel obținută este legală.

5. S-a invocat și aspectul de ordine publică constând în practica de a elibera persoane suspecte de săvârșirea unor infracțiuni doar pe considerentul că acestora nu li s-au adus la cunoștință drepturile cuprinse în *Regula Miranda*.

De asemenea, instanța de judecată a avut la dispoziție următoarele argumente ale apărării:

1. Prin aplicarea procedurii *Miranda* este garantat privilegiul persoanei suspecte de a nu se autoincrimina.

2. Soluția jurisprudențială în cazul *Miranda* s-a impus în urma interpretării și aplicării Constituției S.U.A. Acest demers este un atribut de competența instanței supreme federale. Puterea legislativă nu are autoritatea de a modifica ori de a completa prin norme aspecte care sunt aflate în legătură cu prevederi constituționale.

3. Prin prevederile Secțiunii 3501, drepturile care rezultă din soluția jurisprudențială în cazul *Miranda vs. Arizona* nu sunt în totalitate garantate.

4. *Regula Miranda*, în baza rolului de izvor de drept al precedentului judiciar, a jucat un rol foarte important în sistemul judiciar penal american. Astfel, autoritățile judiciare au aplicat această procedură timp de 30 de ani, constatându-se apariția unei rutine în acest sens.

5. Prin procesul de legiferare al *Regulii Miranda*, s-a obținut o procedură diferită fapt care conduce la concluzia că în acest mod soluția instanței supreme, pronunțată în aplicarea Constituției S.U.A., a fost practic anulată.

În baza acestor argumente, Curtea Supremă a Statelor Unite ale Americii a decis că prioritate are, în acest conflict, soluția jurisprudențială pronunțată în baza Constituției, în defavoarea textului Secțiunii 3501. În acest sens, s-a invocat argumentul că deciziile instanței supreme nu pot fi anulate prin acte normative ale legislativului. De asemenea, constituționalitatea *Regulii Miranda* constă în aplicarea consecventă a acesteia de către autoritățile statale timp de 30

¹³ <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/99-5525.ZS.html>

de ani. În ceea ce privește abaterile de la *Regula Miranda*, acestea nu dovedesc altceva decât faptul că nicio regulă nu este imuabilă.

În concluzie, în baza acestor raționamente, instanța federală a statuat asupra priorității soluției din 1964 în fața oricăror reglementări care s-ar îndepărta de spiritul Constituției, subliniind un foarte important aspect al soluției primare, și anume îndemnul instanței de judecată adresat statelor americane de a lua toate măsurile care se impun în vederea transpunerii acestei soluții¹⁴.

Ca o concluzie a impactului acestui privilegiu al suspectului audiat în legătură cu săvârșirea unei infracțiuni în spațiul judiciar nord-american, în literatura de specialitate se afirmă că *Regula Miranda* este atât de prezentă în cadrul procedurilor polițienești de audiere încât aceasta poate fi socotită ca fiind parte a culturii naționale americane¹⁵.

2. Regula Miranda și procesul penal în spațiul judiciar european

Exemplificăm succint dreptul persoanei de a nu se autoincrimina cu reglementări din câteva state europene.

Astfel, în Germania, conform art. 136 alin. 1 din Codul de procedură penală, acuzatul va fi informat, înainte de luarea primei declarații, cu privire la infracțiunea de care este acuzat și despre încadrarea juridică a acesteia. De asemenea, i se aduce la cunoștință faptul că are dreptul de a opta între a răspunde la întrebările autorităților judiciare sau de a nu face nicio declarație. Nu în ultimul rând, va fi încunoștințat despre dreptul de a fi asistat de un avocat ales înaintea audierii.

În Italia, conform art. 64 alin. 3 din Codul de procedură penală, înainte de începerea audierii, persoana suspectă va fi avertizată despre faptul că declarațiile pe care urmează a le da vor putea fi folosite împotriva sa, despre dreptul de a nu răspunde la nicio întrebare (cu excepția celor care vizează identificarea sa) și despre faptul că în ipoteza în care va alege să tacă procedura va continua. Nerespectarea acestor prevederi determină inadmisibilitatea declarațiilor luate persoanei suspecte de săvârșirea infracțiunii¹⁶.

În Olanda inculpatul nu este obligat să răspundă la întrebări. În acest sens, conform art. 29 alin. 2 din Codul de procedură penală, înainte de începerea audierilor, inculpatului i se va comunica faptul că are dreptul de a nu răspunde la întrebări. Despre îndeplinirea acestor obligații ale autorităților judiciare se va întocmi un proces-verbal.

De asemenea, în Cehia persoana acuzată are dreptul de a nu declara împotriva sa (art. 33 alin. 1 din Codul de procedură penală).

În legătură cu dreptul persoanei suspecte de comiterea unei infracțiuni de a nu se autoincrimina, relevant este conținutul art. 6 alin. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale¹⁷, în conformitate cu care *orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil ... a cauzei sale de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî asupra ... temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate asupra sa*. Se observă că dreptul la tăcere nu este reglementat în mod expres dar Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în mod constant, a statuat că dreptul de a nu face declarații și dreptul de a nu se autoincrimina sunt standarde internaționale general recunoscute care stau la baza conceptului de

¹⁴ <http://www.streetlaw.org/dickersonvus.html>

¹⁵ "Miranda has become embedded in routine police practice to the point where the warnings have become part of our national culture" (George C. Thomas III, Richard A. Leo, *op.cit.*).

¹⁶ Pentru detalii, a se vedea Giorgio Spangher, Giovanni Paolo Voena, în Giovanni Conso, Vittorio Grevi et alii, *Profili del nuovo Codice di procedura penale, quarta edizione*, Cedam, Padova, 1996, p. 74-79.

¹⁷ Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, adoptată la Roma la 4 noiembrie 1950, precum și protocoalele adiționale, a fost ratificată de România prin Legea nr. 30 din 18 mai 1994, publicată în Monitorul Oficial nr. 135 din 31 mai 1994

proces echitabil. Totodată, protecția persoanei împotriva autoincriminării reprezintă un element important pentru ocrotirea persoanelor acuzate împotriva folosirii mijloacelor opresive și coercitive, fiind conexă principiului prezumției de nevinovăție¹⁸. De asemenea, libertatea de alegere a inculpatului de a vorbi sau de a tăcea în cadrul anchetei penale s-a apreciat că a fost încălcată prin folosirea de către autoritățile judiciare a declarațiilor unui alt deținut, informator al poliției, instruit cu privire la întrebările pe care i le-a adresat inculpatului și față de care acesta a recunoscut comiterea infracțiunii. În acest sens, informațiile au fost obținute împotriva voinței inculpatului, care alesese o conduită pasivă, nedeclarând nimic organelor judiciare¹⁹.

3. Regula Miranda și procesul penal în România

În literatura de specialitate din România s-a apreciat că dreptul la apărare, garanție necesară pentru realizarea unui echilibru între interesele persoanei și cele ale societății²⁰, prin importanța pe care o prezintă, excede chiar intereselor învinutului și inculpatului, întrucât acest drept interesează întreg procesul penal și activitatea judiciară în general²¹.

În considerarea jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, prin raportare la conținutul principalelor instrumente juridice privind drepturile omului ratificate de România, legea de procedură a cunoscut semnificative modificări privitor la garantarea exercitării dreptului la apărare pe parcursul procedurii judiciare penale.

Una dintre completările legii procesual penale naționale constă în consacrarea dreptului recunoscut învinutului sau inculpatului de a nu declara nimic. În acest sens, conform art. 70 alin. 2 din Codul de procedură penală, modificat prin Legea nr. 281/2003, înainte de a fi ascultat, învinutului sau inculpatului i se aduce la cunoștință fapta care formează obiectul cauzei, dreptul de a avea un apărător, precum și *dreptul de a nu face nici o declarație, atrăgându-i-se totodată atenția că ceea ce declară poate fi folosit și împotriva sa*. Ulterior, prin Legea nr. 356/2006²², acest text de lege a fost completat cu obligația organelor judiciare de a-l încunoștința pe învinuit sau inculpat și despre încadrarea juridică a faptei pentru care este învinuit.

Din textul de lege apare ca fiind evident faptul că obligația organelor de urmărire penală trebuie adusă la îndeplinire anterior momentului luării primei declarații învinutului. Procedura este valabilă doar pentru luarea primei declarații, ceea ce înseamnă că în ipoteza unor declarații ulterioare nu se mai impune informarea învinutului cu privire la exercițiul unui drept deja adus la cunoștință.

Cu toate acestea, legiuitorul român a stabilit că procedura *Miranda* trebuie aplicată și în etapa cercetării judecătorești, anterior luării primei declarații de la inculpat. În acest sens, textul art. 322 alin. 1 din Codul de procedură penală a fost modificat prin Legea nr. 356/2006, având următorul conținut: *președinteleexplicită inculpatului în ce constă învinuirea care i se aduce. ...*

¹⁸ Cauza Saunders vs. Regatul Unit al Marii Britanii și al Irlandei de Nord, în *Hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului. Culegere selectivă, vol. II*, Editura Polirom, Iași, 2001, p. 179-189. În speță s-a apreciat că obligarea inculpatului de a da declarații unor funcționari publici, sub presiunea aplicării unor sancțiuni penale, și utilizarea acelor declarații incriminatorii în cursul procedurii judiciare aduce atingere dreptului de a tăcea, componentă fundamentală a dreptului la un proces echitabil. În cadrul procesului penal, acuzarea trebuie să-și dovedească și să-și formuleze învinuirea fără a recurge la probe obținute prin metode coercitive sau opresive, contrarii voinței acuzatului

¹⁹ Cauza Allan vs. Regatul Unit al Marii Britanii și al Irlandei de Nord, în C.-L. Popescu, *Drepturile de procedură în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (2001-2002)*, Editura All Beck, București, 2003, p. 240-244.

²⁰ T. Pop, *Drept procesual penal*, vol. I, Tipografia Națională, Cluj, 1947, p. 345.

²¹ I. Neagu, *Drept procesual penal. Partea generală. Tratat*, Editura Global Lex, București, 2008, p. 93-94.

²² Legea nr. 356 din 21 iulie 2006 privind modificarea și completarea Codului de procedură penală a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 677 din 7 august 2006.

înștiințează pe inculpat cu privire la dreptul de a nu face nicio declarație, atrăgându-i atenția că ceea ce declară poate fi folosit și împotriva sa, precum și cu privire la dreptul de a pune întrebări coinculpaților, celorlalte părți, martorilor, experților și de a da explicații în tot cursul cercetării judecătorești, când socotește că este necesar²³. În aceste condiții, apreciem că actualul cadru procesual din România se caracterizează prin atenta reglementare a dreptului persoanei acuzate de săvârșirea unei fapte penale de a nu declara împotriva sa. Ca atare, există două momente în care organul judiciar are obligația de a îl încunoștința pe învinuit sau inculpat despre acest drept, și anume: anterior luării primei declarații de către organele de urmărire penală și momentele prealabile luării primei declarații în etapa cercetării judecătorești.

Nerespectarea dispozițiilor art. 322 din Codul de procedură penală poate avea drept consecință incidența sancțiunii nulității relative, în condițiile art. 197 alin. 1 și 4 din Codul de procedură penală. Astfel, într-o cauză dedusă judecării instanței supreme din România s-a pus problema respectării dreptului la tăcere al inculpatului în etapa cercetării judecătorești. În concret, s-a reținut că instanța de judecată, după citirea actului de sesizare a procedat la luarea declarației de la inculpat fără a-l încunoștința despre privilegiul de a tăcea. S-a constatat că în faza de urmărire penală drepturile consacrate în art. 70 din Codul de procedură penală au fost respectate de organele de urmărire penală, inculpatul fiind asistat de apărătorul ales. În aceste condiții, instanța supremă a decis că nu se impune incidența sancțiunii nulității, neexistând vătămare a intereselor procesuale ale inculpatului²⁴.

O interesantă problemă poate apărea relativ la dreptul la tăcere în cadrul procedurii de constatare a infracțiunilor flagrante.

Astfel, specificul activității de constatare a infracțiunilor flagrante este reprezentat de întocmirea procesului-verbal de constatare, act procesual reprezentând chintesența probațiunii în respectiva cauză. În acest sens, procesul-verbal va cuprinde descrierea ilicitului penal constatat, declarațiile învinuitului, ale persoanei vătămate și cele ale martorilor asistenți, precum și consemnarea celorlalte activități probatorii impuse de fiecare cauză, în funcție de specificul acesteia (cercetare la fața locului, stabilirea naturii anumitor substanțe, ridicarea de obiecte și înscrisuri, rezultatele percheziției corporale etc.). Actul în cauză, întocmit la fața locului, îndeplinește, în acest fel, în principal, rolul celui mai important element de probațiune, dar servește, de asemenea, pentru a marca declanșarea urmăririi penale²⁵.

Se impune, în îndeplinirea activității de constatare a infracțiunii flagrante, ca organele judiciare să îi asigure făptuitorului exercițiul dreptului la tăcere? Întrebarea este justificată de dispozițiile art. 70 alin. 1 din Codul de procedură penală care fac trimitere la calitatea de „învinuit”, ceea ce ar putea conduce la presupunerea că, în momentul constatării infracțiunii, făptuitorul, nefiind încă învinuit, organele judiciare nu sunt obligate să procedeze la informarea cu privire la dreptul de a nu declara nimic.

Apreciem că această interpretare nu poate fi primită.

Astfel, trebuie luat în considerare faptul că, la momentul constatării infracțiunii persoanei în cauză i se solicită o primă declarație. În practica organelor de urmărire penală, în multe cazuri, făptuitorul recunoaște comiterea ilicitului penal, descrie natura și cantitatea substanțelor traficate, descoperite asupra sa, suma de bani primită ori oferită pentru realizarea actelor de corupție etc.

²³ Până la modificarea prin Legea nr. 356/2006, art. 322 din Codul de procedură penală avea următorul conținut: *Președintele dispune ca greșierul să dea citire actului de sesizare a instanței, după care explică inculpatului în ce constă învinuirea care i se aduce. Totodată lămurește pe inculpat cu privire la dreptul pe care îl are de a pune întrebări coinculpaților, celorlalte părți, martorilor, experților, precum și de a da explicații în tot cursul cercetării judecătorești când socotește că este necesar.*

²⁴ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția penală, decizia nr. 828 din 8 februarie 2006.

²⁵ I. Neagu, *Drept procesual penal. Partea specială. Tratat*, Editura Global Lex, București, 2008, p. 423.

Conduita învinuitului de recunoaștere rezidă din specificul ipotezei particulare a infracțiunii flagrante, caracterizată prin șocul surprinderii în momentul comiterii faptei. Aceleași coordonate se mențin și în cazul urmării faptuitorului după comiterea faptei, activitatea care are ca punct final, în majoritatea cazurilor, imobilizarea acestuia. În aceste circumstanțe, dublate de inegalitatea statutului celor două tabere, de avantajul poziției organelor judiciare, recunoașterea faptei, autoincriminarea faptuitorului reprezintă aspecte foarte probabile.

Toate aceste declarații, obținute, prin raportare strict temporală, anterior declanșării procesului penal, sunt consemnate în procesul-verbal de constatare și, de cele mai multe ori, sunt fixate pe bandă magnetică video. Este lesne de apreciat că valoarea probatorie a acestor mijloace de probă este deosebit de importantă pentru dovedirea vinovăției faptuitorului. Considerăm că, împreună cu constatarea efectivă a infracțiunii, declarațiile obținute de la faptuitor imediat ce a fost reținut sunt principalele elemente probatorii pe care se susține învinuirea. În acest mod se poate concluziona că acuzarea este susținută și de autoincriminarea faptuitorului.

În același spirit, în literatura de specialitate²⁶ s-a apreciat că procedura constatării unei infracțiuni flagrante presupune în sarcina organelor de urmărire penală obligația de a-i aduce la cunoștință faptuitorului despre dreptul pe care îl are de a fi asistat de un apărător, făcându-se ulterior mențiune despre aceasta în cuprinsul declarației, consemnate în procesul-verbal. Rezultă că, deși nu se poate reține încă existența unui cadru procesual, activitățile de constatare a infracțiunii flagrante sunt dominate de garantarea drepturilor apărării.

Mai mult, în circumstanțele unui flagrant delict, organele judiciare sunt obligate să asigure prezența unui apărător la data și ora fixată pentru desfășurarea activității. Cu toate acestea, ne exprimăm, rezervele față de această interpretare, având în vedere elementele specifice ale procedurii în discuție; în acest sens, în multe ipoteze este, practic, imposibil de asigurat prezența unui apărător la fața locului.

Toate aceste considerente conduc spre concluzia că, imediat ce s-a constatat săvârșirea unei infracțiuni flagrante, organele judiciare sunt obligate să îl informeze pe faptuitor despre drepturile apărării, printre care și dreptul la tăcere. Pe cale de consecință, înainte de a i se lua prima declarație (în care se includ și întrebările pusă de către organele de urmărire penală cu privire la împrejurările comiterii faptei penale), faptuitorul trebuie să știe că are dreptul de a nu declara nimic și că tot ceea ce va declara va putea fi folosit împotriva sa ulterior, pe parcursul procedurii judiciare.

Sanțiunea care poate interveni în ipoteza încălcării obligației de încunoștințare a învinuitului ori a inculpatului despre dreptul de a nu declara nimic este nulitatea relativă, în condițiile art. 197 alin. 1 și 4 din Codul de procedură penală. Totuși, în circumstanțe care conduc spre concluzia că încălcarea acestei obligații a avut consecințe în ceea ce privește aflarea adevărului și justa soluționare a cauzei, nulitatea relativă va putea fi invocată sub regimul juridic al unei nulități absolute putând fi evidențiată la cererea părților ori din oficiu, oricând pe parcursul procedurii judiciare penale. În acest sens, în ipoteza în care declarațiile au fost obținute prin încălcarea dreptului la tăcere și se dovedesc a fi decisive pentru reținerea vinovăției învinuitului sau inculpatului se poate invoca existența unui viciu de procedură de natură a determina nulitatea probatoriilor astfel obținute.

Concluzii

Anul 2003 a reprezentat pentru procesul penal din România începutul reglementării *Regulii Miranda*. În aceste condiții, în procesul de legiferare au fost luate în considerare nu în mod

²⁶ C. Ioanițoaie, V. Bercheșan, I.-E. Sandu et alii, *Tratat de tactică criminalistică*, ediția a II-a, revăzută și completată, Editura Carpați, Craiova, 1992, p. 299.

neapărat soluțiile desprinse din jurisprudența nord-americană, cât mai ales normele similare consacrate în mod expres (Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice) ori desprinse din interpretarea celor mai importante documente internaționale la care România este parte semnatară (Convenția Europeană a Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale).

Reglementarea a comportat modificări și completări ulterioare în anul 2006, existând însă aspecte controversate atât în plan internațional cât și național. Dintre acestea, am prezentat aplicabilitatea regulii *Miranda* pentru ipoteza procedurii constatării infracțiunilor flagrante. În acest sens, am apreciat că autoritățile judiciare au obligația de a proceda la încunoștințarea persoanei surprinse în flagrant delict despre drepturile specifice *Regulii Miranda*, în considerarea valorii probatorii a acestei prime declarații care se obține în aceste circumstanțe.

Referințe bibliografice

Tratate, cursuri, monografii

1. Giovanni Conso, Vittorio Grevi et alii, *Profili del nuovo Codice di procedura penale, quarta edizione* (Padova, Cedam, 1996)
2. Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală* (București, Editura Universul Juridic, 2009), 697
3. Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea specială* (București, Editura Universul Juridic, 2009), 667
4. Grigore Theodoru, *Tratat de drept procesual penal* (București, Editura Hamangiu, 2007), 1020

Studii de specialitate

Studii de specialitate în reviste tipărite

1. Peter Arenella, „Miranda Stories”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, nr. 20 (1997), 375-387
2. Gerald M. Caplan, „Questioning Miranda”, *Vanderbilt Law Review*, nr. 38 (1985), 1417-1476
3. Paul G. Cassell, All Benefits, „No Costs: The Grand Illusion of Miranda's Defenders”, *Northwestern University Law Review*, nr. 90 (1996), 1084-1124
4. Paul G. Cassell, Hayman S. Brett, „Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of Miranda”, *U.C.L.A. Law Review*, nr. 43 (1996), 839-931
5. Mircea Damaschin, „Dreptul invinuitului de a nu se autoincrimina”, *Revista Dreptul*, nr. 2 (2005), 49-56
6. Valerica Dabu, Bogdan Licu, „Dreptul la tacere si marturisirea extrajudiciara”, *Revista ProLege*, nr. 2 (2003), 62-76
7. Valerica Dabu, Ana Maria Gusanu, „Reflectii asupra dreptului la tacere si marturisirea extrajudiciara”, *Revista de Drept Penal*, nr. 4 (2004), 60-72
8. Ioan Doltu, „Efectele omisiunii ascultarii invinuitului dupa citirea actului de sesizare a instantei”, *Revista Dreptul*, nr. 2 (2006), 189-196
9. Mircea Dutu, „Semnificatii procedural-penale ale dreptului la tacere”, *Revista Dreptul*, nr. 12 (2004), 180-189
10. Floyd Feeney, „Police Clearance: A Poor Way to Measure the Impact of Miranda on the Police”, *Rutgers Law Journal*, nr. 32 (2000), 1-114
11. Alfredo Garcia, „Is Miranda Dead, Was It Overruled, or Is It Irrelevant?”, *St. Thomas Law Review*, nr. 10 (2000), 461-505
12. Ioan Griga, Monica Ungureanu, „Dreptul la tacere al invinuitului si inculpatului”, *Revista de Drept Penal*, nr. 1 (2005), 37-42
13. Yale Kamisar, „Remembering the 'Old World' of Criminal Procedure: A Reply to Professor Grano”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, nr. 23 (1990), 537-589
14. Yale Kamisar, „Can (Did) Congress 'Overrule' Miranda?”, *Cornell Law Review*, nr. 85 (2000), 883-955
15. Richard A. Leo, White S. Welsh, „Adapting to Miranda: Modern Interrogators' Strategies for Dealing with the Obstacles Posed by Miranda”, *Minnesota Law Review*, nr. 84 (1999), 397-472
16. Petronela Negrea-Drucan, „Atitudinea psihologica a invinuitului sau inculpatului in fata organelor judiciare”, *Revista Dreptul*, nr. 3 (2006), 220-223
17. William Stuntz, „Miranda's Mistake”, *Michigan Law Review*, nr. 99 (2001), 975-999
18. George C. Thomas III, „The End of the Road for Miranda v. Arizona?: On the History and Future of Rules for Police Interrogation”, *American Criminal Law Review*, nr. 37 (2000), 1-39.

Studii de specialitate în reviste electronice

1. Mark Berger, Oliver H. Dean, „American Perspective On Self-Incrimination And The Compelled Production Of Evidence”, *International Journal Of Evidence And Proof*, october 2002, conform bazei de date LEXISNEXIS.
2. Susan Nash, „Surreptitious Interrogation And Notions Of Fairness: Allan v. United Kingdom”, *International Journal Of Evidence And Proof*, aprilie 2003, conform bazei de date LEXISNEXIS.
3. George C. Thomas III, Richard A. Leo, „The Effects of Miranda v. Arizona: „Embedded” in Our National Culture?”, *Crime and Justice*, The University of Chicago, 2002, conform bazei de date LEXISNEXIS.

SIGNIFICANCE OF THE NOTIONS OF ACQUISITION AND ACQUIRER ON THE FINANCIAL BANKING MARKET

Vasile NEMEȘ*
Gabriela RĂDUCAN**

Abstract

The article wants to make a succinct analysis of the main specific aspects of the shareholders and of the shareholdership of the credit institutions, mainly of those that hold qualifying partnerships. The juridical regime of the qualifying partnership holders is regulated by using the notions of potential acquirer and that of suggested acquisition. According to the new concept of the norms in the banking field, the acquisitions suggested by the potential acquirers are subjected to the notification and approval of the surveillance authority that are the center banks of the member states in most European national legislations. One of the conclusions of great juridical importance in the evaluation process of the National Bank of Romania is that the verification regards a control of the lawfulness and not a control of the opportunity of the suggested acquisitions.

Keywords: *potential acquirer, suggested acquiring, significant shareholder, qualifying holding.*

1. Introduction

By adopting Government Emergence Ordinance no. 99/2006¹ regarding the credit institutions and the adequateness of the capital, there were significant changes of the concepts regarding the setting up, organization, functioning and termination of the existence of the entities in the banking field.

It changed also the view of carrying on the operations specific to the banking activity, including under the aspect of the competent entities that exercise such operations.

Ordinance no. 99/2006 uses the notion of credit institution and stipulates that these can be set up and run under one of the following categories: a). banks; b). cooperative credit c). organizations; d). savings and credit banks in the housing sector; e). mortgage credit banks; f). issuing institutions of electronic currency².

It is not our aim to comment upon all the new concepts of the legislator regarding the exercise of the banking trading, but just upon some aspects regarding the shareholders and the shareholdership of the credit institutions. This is because many new notions such as that of

* Associate professor, Ph.D., Law Faculty, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: avocatnemes@yahoo.com).

** Lecturer, Ph.D., Law Faculty, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest.

¹ Published in the Official Gazette no. 1.027 on December 27th 2007. The ordinance was modified by Law no. 227/2007 (published in the Official Gazette no. 480 on 18/07/2007; Government Emergence Ordinance no. 215/2008 (published in the Official Gazette no. 847 on 16/12/2008, through Government Emergence Ordinance no. 25/2009 published in the Official Gazette no. 179 on 23/03/2009. It is to be had in view that Ordinance no. 99/2006 renders the principles of Directive no. 2006/48/CE of the European Parliament and Council on June 14th 2006 regarding the access to the activity and the carrying out of the activity by the credit institutions and Directive no. 2006/49/CE of the European Parliament and Council on June 14th 2006 regarding the adequateness of the capital of the investment companies and credit institutions.

² Under the regulation of Law no. 58/1998 regarding the banking activity approved through Government Emergence Ordinance no. 99/2006, the banking activity is exercised by entities that bore the same denomination except for the savings and credit banks in the housing sector. The current regulation introduces the mortgage credit banks as capable entities to exercise the banking trading.

„potential acquirer” and „suggested acquisition” have been introduced. Our choice is the result of the substance modifications of the requirements regarding the obtaining, exercise and loss of the capacity of shareholder at a credit institution.

2. Significance of the notions of „potential acquirer”, „suggested acquisition” and „qualifying holding”.

2.1. Material location

The three notions are defined by Government Emergence Ordinance no. 99/2006 in the second section. So, according to the provisions of art. 7 paragraph 1, item 1¹, a potential acquirer means any natural or legal entity or the group of such entities that take action with regard to the suggested acquisition.

We notice that the notion of potential acquirer is defined through that of suggested acquisition to which, nevertheless, is closely connected.

From the perspective of Ordinance no. 99/2006, art. 7 paragraph 1, item 1², a suggested acquisition means the decision made by a potential acquirer to directly or indirectly acquire a qualifying holding in a credit institution, Romanian legal entity, or to increase the qualifying holding so that the ratio of its rights to vote or of holding registered capital should reach or exceed the level of 20%, a third or 50% or so that the credit institution should become one of its subsidiaries.

At last, a qualifying holding is a direct or indirect holding in an entity that represents 10% or more of the capital or of the rights to vote of the entity or that make possible the exercise of a significant influence on the administration of that particular entity (art. 7 paragraph 1, item 17).

2.2. Juridical meaning of the notions

It is found that the three notions are in a close interdependency; in order to explain one, we have to make reference to the definition of the other one.

Due to that, we will mostly use the term of potential acquirer.

In establishing the juridical meaning of the potential acquirer notion, the legislator uses two criteria: an objective one reported to the holding share to the registered capital or to the rights to vote, and a subjective one reported to the possibility of exercising a significant influence on the administration of the credit institution.

According to the objective criterion, the capacity of potential acquirer is held by the entity or group of entities that take action in accordance and that directly or indirectly hold either 10%, 20%, a third, 50% or any other percentage of the registered capital of a credit institution so that it should become a subsidiary, or they hold the rights to vote within that particular credit institution, rights which are included in these percentages.

A situation in which the potential acquirer holds an indirect share within the percentages stipulated by law to a registered capital of a banking entity or to its rights to vote can be when the potential acquirer holds holdings or rights to vote to entities that, at their turn, have the capacity of shareholders of the same credit institution. The indirect holding of the rights to vote can result also from the empowering of the acquirer by the other shareholders to vote within the deliberating and decision meeting of the credit institution³.

³ According to the provisions of art. 125 paragraph 1 of Law no. 31/1990 regarding the trading companies, the shareholders can participate and vote during the general assembly through mandates based on the power of attorneys granted for that particular general assembly. For details, see St. D Cârpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, Trading companies law. Comments upon articles, 4th edition, C.H.beck Publishing House, Bucharest, 2009, page 467 and the following ones.

According to the subjective criterion, the respective entity obtains the capacity of potential acquirer when it can influence the administration and management of the credit institution, the shareholder of which it is. Such a situation when the acquirer can exercise a significant influence on the policy of the banking entity can be when this particular entity belongs to the administration and management authorities of the credit institution.

No doubt, the notion of potential acquirer has the juridical meaning of a significant shareholder of a credit institution on the above- mentioned conditions.

3. Juridical regime of the potential acquirer and of the suggested acquisitions

The obtaining the capacity of potential acquirer and of suggested acquisition is submitted to the notification and approval of the National Bank of Romania. In this sense, art. 25 paragraph 1 of Government Emergence Ordinance no. 99/2006 orders that any potential acquirer should previous notice in writing the National Bank of Romania with regard to any suggested acquisition by indicating the values of the admitted holding.

The approval of the acquisition suggested by the potential acquirer is not precisely requested by the ordinance, but it results from the economy of the norms that it contains. Edifying in this sense is the regulation contained by art. 26 paragraph 2 of Government Emergence Ordinance no. 99/2006 according to which the National bank can be against the suggested acquisition if there are reasonable grounds in this sense or if the information provided by the potential acquirer is incomplete.

4. Evaluation criteria of a potential acquirer and of the suggested acquisition

In the evaluation process of a potential acquirer and of the acquisition suggested by this one, the National Bank checks a series of information precisely stipulated by the banking regulations. This information is mainly listed within art. 26 of Government Emergence Ordinance no. 99/2006.

According to the quoted text, the National Bank evaluates the extent to which the capacity of the potential acquirer is true, as well as this one's financial stability reported to the suggested acquisition, based on the following cumulatively carried out criteria:

a) the potential acquirer's reputation, this one's integrity and professional competence respectively;

This criterion is meant to check the morality of the respective entity by verifying mainly the potential infractions that would make it incompatible with the status of potential acquirer.

The condition regarding the professional competence of the potential acquirer allows the National Bank of Romania to make interpretations. Especially that, unlike other situations when the law uses the notion of „reasonable” for the professional competence, the reference elements are not set for the purpose of the evaluation. That's why we consider that the National Bank does not have to be especially held by this requirement. Especially in the situations when the potential acquirer does not intend to take part within the administration and management authorities of the banking entity.

b) the reputation and experience of any entity that will exercise the responsibilities of administrating and/ or managing the credit institution as a result of the suggested acquisition;

From the norm that regards this requirement, it results that the potential acquirer indirectly has to communicate the National Bank the information regarding the entities it suggests for the management and administration of the banking entity where it is to obtain the suggested acquisition.

c) The financial stability of the potential acquirer especially reported to the currently carried on activity type and the one estimated to be carried on by the credit institution had in view by the suggested acquisition;

The financial stability represents a fundamental requirement for the potential acquirer and is necessary for the purpose of verifying the payment of the suggested acquisition and for the purpose of establishing the future capacity of supporting the credit institution in the case of a financial decline.

d) The capacity of the credit institution to observe the prudential requirements stipulated by the regulations applicable in the field that should allow the exercise of an efficient surveillance, the carrying out of the efficient exchange of information between the relevant authorities and the division of the responsibilities between these authorities;

This requirement has in view the situation when the potential acquirer is part of a group of companies that is active on the territory of more states which are subjected to the surveillance of more authorities.

e) The existence of more reasonable grounds to suspect that, with regard to the suggested acquisition, it is or was committed an infraction or an attempt of the infraction of money laundry or of financing terrorism deeds.

The criterion had in view by the legal norm assumes the existence of some clues regarding the infractions of money laundry or of financing terrorism deeds and is registered in the general policy of avoiding the usage of the banking activities in the infractions phenomenon.

The purpose of evaluation based on the above- mentioned criterion by the Central Bank is, as Government Emergence Ordinance no. 99/2006 itself stipulates in art. 26, to ensure a prudential and healthy management of the credit institution had in view by the suggested acquisition by taking into consideration a potential influence of the potential acquirer over the credit institution.

It is to be had in view that the above- mentioned requirements are cumulative, which leads to the conclusion according to which the not carrying out of any requirement leads to the decline of the approval by the National Bank of Romania.

As already pointed out above, the National Bank can be against the suggested acquisition only if there are reasonable grounds in this sense or if the information provided by the potential acquirer is incomplete.

The regulation contained by art. 26 paragraph 3 of Government Emergence Ordinance no. 99/2006 that stipulates that the National Bank of Romania can not set a previous condition regarding the level of the holding that has to be acquired, nor can evaluate the suggested acquisition based on the economic necessities of the market is of great juridical importance in the evaluation process of the suggested acquisition. It results that the surveillance authority can not add to the requirements precisely listed by law and it makes a control of the lawfulness and not a control of the opportunity of the suggested acquisitions in the evaluation process.

The legal regulations do not precisely stipulate, but it is understood that the above- mentioned criteria will be evaluated for the purpose of approving a suggested acquisition, both when setting up the credit institution, and later on, in the case of share transfer or increase of the registered capital by issuing new shares.

Conclusions

The obtaining, as well as any modifications of the qualifying holdings that carry out the requirements of a suggested acquisition and that grant the one in question the capacity of potential acquirer are subjected to the notification and approval of the National Bank Romania. The evaluation criteria and requirements of the suggested acquisitions are precisely and limitative stipulated by the legal requirement applicable in the field. The National Bank can not add other requirements than the ones stipulated by the legal norms. The evaluation process of the suggested acquisition and implicitly of the potential acquirer has as exclusive object a control of the lawfulness and not a control of the opportunity of the operation in question.

SEMNIFICAȚIA NOȚIUNILOR DE ACHIZIȚIE ȘI ACHIZITOR PE PIAȚA FINANCIAR BANCARĂ

Vasile NEMEȘ*
Gabriela RĂDUCAN**

Abstract

Articolul își propune o analiză succintă a principalelor aspecte specifice acționarilor și acționariatului instituțiilor de credit, în principal, a celor care dețin participații calificate. Regimul juridic al deținătorilor de participații calificate este reglementat prin uzitarea noțiunilor de achizitor potențial și a celei de achiziție propusă. Potrivit noii concepții a normelor din domeniul bancar, achizițiile propuse de către achizitorii potențiali sunt supuse notificării și aprobării autorității de supraveghere, care în majoritatea legislațiilor naționale europene sunt băncile centrale ale statelor membre. Una din concluziile de mare importanță juridică în procesul de evaluare de către Banca Națională a României este aceea că verificarea privește un control de legalitate și nicidecum un control de oportunitate al achizițiilor propuse.

Cuvinte cheie: achizitor potențial, achiziție propusă, acționar semnificativ, participație calificată

1. Introducere

Prin adoptarea Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 99/2006¹ privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului sau produs schimbări semnificative ale concepțiilor privind constituirea, organizarea, funcționarea și încetarea existenței entităților din domeniul bancar.

S-a schimbat și optica desfășurării operațiunilor specifice activității bancare, inclusiv sub aspectul entităților abilitate să exercite astfel de operațiuni.

Ordonanța nr. 99/2006 uzitează noțiunea de instituție de credit și prevede că acestea se pot constitui și funcționa în una din următoarele categorii: a). bănci; b). organizații cooperatiste de credit; c). bănci de economisire și creditare în domeniul locativ; d). bănci de credit ipotecar; e). instituții emitente de monedă electronică².

Nu ne propunem să abordăm toate principiile noii concepții a legiuitorului în legătură cu exercitarea comerțului bancar ci, doar unele aspecte referitoare la acționarii și acționariatul instituțiilor de credit. Aceasta întrucât, au fost introduse noțiuni noi în materie, precum cea de „achizitor potențial” și „achiziție propusă”. Opțiunea noastră se explică prin modificările de

* Avocat, conferențiar universitar doctor, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București (e-mail: avocatnemes@yahoo.com).

** Avocat, lector universitar doctor, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București.

¹ Publicată în M. Of. nr. 1.027 din 27 decembrie 2007. Ordonanța a fost modificată prin Legea nr. 227/2007(publicată în M. Of. nr. 480 din 18/07/2007; O.U.G. nr. 215/2008(publicată în M. Of. nr. 847 din 16/12/2008, prin O. U. G. nr. 25/2009 publicată în M. Of. nr. 179 din 23/03/2009. Se impune a fi reținut că Ordonanța nr. 99/2006 transpune principiile Directivei nr. 2006/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 14 iunie 2006 privind accesul la activitate și desfășurarea activității de către instituțiile de credit și a Directivei nr. 2006/49/CE a Parlamentului European și a consiliului din 14 iunie 2006 privind adecvarea capitalului firmelor de investiții și instituțiilor de credit.

² Sub reglementarea Legii nr. 58/1998 privind activitatea bancară, abrogată de O.U.G. nr.99/2006, activitatea bancară era exercitată de entități ce purtau aceeași denumire cu excepția băncilor de economisire și creditare în domeniul locativ, case se intitulau case de economii pentru domeniul locativ. Actuala reglementare introduce băncile de credit ipotecar ca entități apte să exercite comerțul bancar.

substanță aduse cerințelor privind dobândirea, exercitarea și pierderea calității de acționar la o instituție de credit.

2. Semnificația noțiunilor de „achizitor potențial”, „achiziție propusă” și „participație calificată”.

2.1. Sediul materiei

Cele trei noțiuni sunt definite de O.U.G. nr. 99/2006 în secțiunea a 2-a. Astfel, potrivit dispozițiilor art. 7 alin.1, pct.1¹, prin achizitor potențial se înțelege orice persoană fizică sau juridică ori grupul de astfel de persoane care acționează concertat în legătură cu o achiziție propusă. Observăm că noțiunea de achizitor potențial este definită prin cea de achiziție propusă cu care, de altfel, se află într-o strânsă legătură.

În concepția Ordonanței nr. 99/2006, art. 7 alin.1, pct.1², achiziția propusă reprezintă decizia luată de un achizitor potențial de a achiziționa, direct sau indirect, o participație calificată într-o instituție de credit, persoană juridică română, ori de a-și majora participația calificată astfel încât proporția drepturilor sale de vot sau a deținerii la capitalul social să atingă ori să depășească nivelul de 20%, o treime sau 50% ori astfel încât instituția de credit să devină o filială a sa.

În sfârșit, participația calificată este o participație directă sau indirectă într-o entitate, care reprezintă 10% sau mai mult din capitalul ori din drepturile de vot ale entității sau care fac posibilă exercitarea unei influențe semnificative asupra administrării entității respective (art. 7 alin.1, pct. 17).

2.2. Sensul juridic al noțiunilor

Se constată că cele trei noțiuni se află într-o strânsă interdependență, pentru explicarea uneia trebuie să recurgem la definiția celorlalte.

Din această cauză ne propunem să uzităm, cu precădere, termenul de achizitor potențial.

În stabilirea sensului juridic al noțiunii de achizitor potențial, legiuitorul folosește două criterii: unul obiectiv, raportat la cota de participație deținută la capitalul social ori la drepturile de vot, și unul subiectiv, raportat la posibilitatea exercitării unei influențe semnificative asupra administrării instituției de credit.

După criteriul obiectiv, are calitatea de achizitor potențial persoana sau grupul de persoane care acționează concertat și care direct sau indirect dețin, fie 10%, 20%, o treime, 50% sau oricare alt procent din capitalul social al unei instituții de credit astfel încât să devină o filială, fie dețin în aceste procente drepturile de vot în instituția de credit în cauză.

O situație în care achizitorul potențial deține indirect o cotă în procentele prevăzute de lege din capitalul social al unei entități bancare sau din drepturile de vot ale acesteia poate fi atunci când achizitorul potențial deține participații sau drepturi de vot la entități care au și ele la rândul lor calitatea de acționari ai aceleiași instituții de credit. Deținerea indirectă a drepturilor de vot poate rezulta și din împuternicirea achizitorului de către alți acționari să voteze în organele de deliberare și decizie ale instituției de credit³.

Potrivit criteriului subiectiv, persoana în cauză dobândește statutul de achizitor potențial când poate influența administrarea și conducerea instituției de credit al cărei acționar este. O astfel de situație în care achizitorul poate exercita o influență semnificativa asupra politicii entității

³ Potrivit dispozițiilor art. 125 alin. 1 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, acționarii pot participa și vota în adunarea generală prin reprezentare, în baza împuternicirilor acordate pentru respectiva adunare generală. Pentru detalii a se vedea, St. D Cârpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole, Ediția 4, Edit. C.H.beck, București, 2009, p. 467 și urm.

bancare poate fi în cazul în care acesta face parte din organele de administrare și conducere ale instituției de credit.

Fără îndoială că, noțiunea de achizitor potențial are semnificația juridică de acționar semnificativ al unei instituții de credit în condițiile mai sus evocate.

3. Regimul juridic al achizitorului potențial și a achizițiilor propuse

Dobândirea calității de achizitor potențial și de achiziție propusă sunt supuse notificării și aprobării Băncii Naționale a României. În acest sens, art. 25 alin 1 din O.U.G. nr. 99/2006 dispune că orice achizitor potențial trebuie să notifice în prealabil, în scris, Băncii Naționale a României în legătură cu orice achiziție propusă, cu indicarea valorii participației vizate.

Aprobarea dobândirii achiziției propuse de către achizitorul potențial nu este cerută expres de ordonanță, dar rezultă din economia normelor cuprinse de aceasta. Edificatoare în acest sens este reglementarea cuprinsă în art. 26 alin 2 din O.U.G. nr. 99/2006 potrivit căreia, Banca Națională se poate opune achiziției propuse dacă există motive rezonabile în acest sens sau dacă informațiile furnizate de achizitorul potențial sunt incomplete.

4. Criteriile de evaluare a achizitorului potențial și a achiziției propuse

În procesul de evaluare a achizitorului potențial și a achiziției propuse de acesta, Banca Națională verifică o serie de informații prevăzute în mod expres de reglementările bancare. În principal, aceste informații sunt enumerate la art. 26 din O.U.G. nr. 99/2006.

Potrivit textului citat, Banca Națională evaluează în ce măsură calitatea achizitorului potențial este adecvată, precum și soliditatea financiară a acestuia în raport cu achiziția propusă, pe baza următoarelor criterii îndeplinite cumulativ:

a). reputația achizitorului potențial, respectiv integritatea și competența profesională a acestuia;

Acest criteriu vizează probitatea morală a celui în cauză prin verificarea, în principal, a eventualelor infracțiuni ce l-ar face incompatibil cu statutul de achizitor potențial.

Condiția privind competența profesională a achizitorului potențial lasă loc de interpretare de către Banca Națională a României. Mai ales că, spre deosebire de alte situații în care legea folosește noțiunea de „rezonabil” pentru competența profesională nu sunt stabilite elemente de referință în vederea evaluării. De aceea, considerăm că Banca Națională nu trebuie să fie ținută în mod deosebit de această cerință. Aceasta mai ales în acele situații în care achizitorul potențial nu intenționează să facă parte din organele de administrare și conducere ale entității bancare.

b). reputația și experiența oricărei persoane care va exercita responsabilități de administrare și/sau de conducere a instituției de credit, ca rezultat al achiziției propuse;

Din exprimarea normei ce vizează această cerință rezultă că, în mod indirect, achizitorul potențial trebuie să comunice Băncii Naționale informații privind persoanele pe care le propune în conducerea și administrarea entității bancare la care urmează să dobândească achiziția propusă.

c). soliditatea financiară a achizitorului potențial, în special în raport cu tipul de activitate desfășurată în prezent și cu cea preconizată a fi desfășurată de instituția de credit vizată de achiziția propusă;

Soliditatea financiară reprezintă o cerință fundamentală pentru achizitorul potențial fiind necesară în vederea verificării plății achiziției propuse și a stabilirii capacității viitoare de a susține instituția de credit într-un eventual declin financiar.

d). capacitatea instituției de credit de a respecta cerințele prudențiale prevăzute de reglementările aplicabile în domeniu, care să permită exercitarea unei supravegheri eficiente,

realizarea schimbului eficient de informații între autoritățile competente și împărțirea responsabilităților între aceste autorități;

Această cerință are în vedere situația în care achizitorul potențial face parte dintr-un grup de societăți ce activează pe teritoriul mai multor state, fiind astfel supuse supravegherii mai multor autorități.

e). existența unor motive rezonabile de a suspecta că, în ceea ce privește achiziția propusă, este sau a fost săvârșită o infracțiune ori o tentativă a infracțiunii de spălare a banilor sau de finanțare a actelor de terorism.

Criteriul vizat de norma legală presupune existența unor indicii privind infracțiunile de spălare a banilor sau de finanțare a actelor de terorism și se înscrie în politica generală de evitare a folosirii activităților bancare în fenomenul infracțional.

Scopul evaluării pe baza criteriilor de mai sus, de către Banca Centrală îl constituie, cum de altfel, prevede însăși O.U.G. nr. 99/2006 în art. 26, asigurarea unui management prudent și sănătos al instituției de credit vizate de achiziția propusă cu luarea în considerare a posibilei influențe a achizitorului potențial asupra instituției de credit.

Se impune a fi reținut că cerințele de mai sus sunt cumulative, de unde concluzia potrivit căreia, neîndeplinirea oricăreia conduce la respingerea aprobării de către Banca Națională a României.

Așa cum arătam și în cele de mai sus, Banca Națională se poate opune achiziției propuse numai dacă există motive rezonabile în acest sens sau dacă informațiile furnizate de achizitorul potențial sunt incomplete.

Este de mare însemnătate juridică în procesul evaluării achiziției propuse, reglementarea cuprinsă în art. 26 alin 3 din O.U.G. nr. 99/2006, care dispune că, Banca Națională a României nu poate impune nici o condiție prealabilă privind nivelul participației care trebuie să fie achiziționată și nici nu poate evalua achiziția propusă pe criteriul necesităților economice ale pieței. Rezultă că autoritatea de supraveghere nu poate adăuga la cerințele enumerate în mod expres de lege și în procesul de evaluare face un control de legalitate și nu de oportunitate al achiziției propuse.

Reglementările legale nu prevăd în mod expres, dar se subînțelege că criteriile de mai sus vor fi evaluate în vederea aprobării unei achiziții propuse, atât cu prilejul constituirii instituției de credit, cât și ulterior, în cazul cesiunii de acțiuni ori majorării capitalului social prin emiterea de noi acțiuni.

Concluzii

Dobândirea, precum și orice modificări ale participațiilor calificate ce îndeplinesc cerințele unei achiziții propuse și care conferă celui în cauză calitatea de achizitor potențial sunt supuse notificării și aprobării din partea Băncii Naționale a României. Criteriile și cerințele de evaluare a achizițiilor propuse sunt expres și limitativ prevăzute de reglementările legale aplicabile în materie. Banca Națională nu poate adăuga alte cerințe decât cele stabilite prin normele legale. Procesul de evaluare al achiziției propuse și implicit al achizitorului potențial are de obiect exclusiv un control de legalitate și nicidecum un control de oportunitate al operațiunii în cauză.

CORPORATE GOVERNANCE

Dan-Alexandru SITARU*

Abstract

The work is aimed to examine the issues “corporate governance” involves, with the goal set to clarify the meanings of such notion, and to provide an overall image of the positive effects arising implementing the corporate governance principles. The first section includes a series of definitions for the purpose of explaining and outlining the concept of “corporate governance”, subsequently giving a definition that appears adequate to us, from the legal standpoint pre-eminently. The second section has for purpose to state the corporate governance Principles, and briefly examine the same. Its purpose also includes concretely illustrating the efficient operation methods for a “corporation”, as well as the main dilemmas, and the existing solutions for the same within the internal structure of a joint stock company to adopt, and subject itself to, such principles. Finally, the last section of the work underlines the corporate governance importance, and states the goals to be attained for purposes of securing effective, balanced, and not in the last place profitable management.

Keywords: *corporate governance, corporate governance principles, governance forms, manager, stakeholders*

Introduction

Corporate governance is a relatively new topic, but one that has quickly extended at all of the social relations levels (global, European, national, local), and most relevant in relation to enterprise activities, i.e. at the commercial legal relations level.

From a legal standpoint, such concept has recently been implemented by introducing the Law no. 441/2006 regarding the modifying and completing of the Law no. 31/1990 on trading companies as republished, this one being the first regulation created to also include the philosophy of corporate governance principles.

Its late appearance was also due to the doctrine, which has not event at the present time reached the development the international one has seen. It is fair to consider that practice was to borrow and implement the international concept, but the same has exercised very little of the potential of corporate governance at the level of Romanian trading companies, and therefore the doctrine was also not forced to answer questions that would have automatically arisen. In time, however, and as a result of the harmonisation with the European legislation, practice has started bringing up different cases. Some of them have set the basis for the legislation within the field as they reached litigation stages.

The development of the concept is however visible, and an example for such purpose would be that within a developed trading company there are also relevant the managerial concepts that involve the hiring by the founders (the principal), for the purpose of attaining their goals, of other persons (the agents), who hold management knowledge and professional skills (know-how). The main dilemma of such a relationship is represented by the fact that the manager is holding more (and more relevant) information about the business than the owner does himself, and thus he could cause significant damage when not acting for the best interest of the same. Continued monitoring of managers' performance, and proper stimulation of the same by

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

shareholders were defined as part of the basic solutions for effective management. This is one step only towards a concept that seems to tend to globalisation.

Literature review

As regards world literature, the analysis of the concept of corporate governance, and of the principles of the same, were intensely discussed from all standpoints, being also analysed the relations of such concept with the relevant law from the perspective of other social relations it is indissolubly related to. Principles and forms were then stated and examined, and many books were written on the manners and the sources of implementing the same, among which: Jonathan P. Charkham, *“Keeping Good Company: A Study of Corporate Governance in Five Countries”*, Oxford University Press, 1994; John Colley, Wallace Stettinius, Jacqueline Doyle, George Logan, *“What is Corporate Governance?”*, McGraw-Hill International publishing house, 2004; James Brickley, Clifford W. Smith, Jerold L. Zimmerman, *“Managerial Economics & Organizational Architecture”*, McGraw-Hill International publishing house, 2004 edition; Thomas Clarke, *“Theories of Corporate Governance: The Philosophical Foundations of Corporate Governance”*, Routledge London and New York publishing house, 2004 edition; And, not in the last place, the same author’s massive work *“Critical Perspectives on Business and Management”*, A Series of 5 Volumes on Corporate Governance - Genesis, The Anglo-American System, The European System, The Asian System, and The Contemporary Corporate Governance, Routledge London and New York publishing house, 2004; There were also elaborated and published many articles regarding such topic, from among which we can list for example: Stijn Claessens, Simeon Djankov, Larry H.P. Lang, *“Ownership and Control in East Asian Corporations”*, Journal of Financial Economics, University of Rochester, no. 58/1.10.2000, pp. 81-112; Simon Johnson, Peter Boone, Alasdair Breach, Eric Friedman, *“Corporate governance in the Asian financial crisis”*, Journal of Financial Economics, University of Rochester no. 58/1.10.2000, pp. 141-186; Denis, D.K. and J.J. McConnell, *“International Corporate Governance”*, Journal of Financial and Quantitative Analysis, University of Washington – Foster School of Business, no. 38/2003, pp. 1-36; Denis D. K. and J.J. McConnell (2003), *“International corporate governance”*, ECGI Working Paper no. 5/2003, published with the Journal of Financial and Quantitative Analysis, no. 38, 1-36. Andrei Shleifer and Robert W. Vishny, *“A Survey of Corporate Governance”*, The U.S.A. Financial Journal, no. 52/1996, pp. 737-783. M. Bigelli, V. Mehrotra and R. Rau, *“Expropriation, Unification, and Corporate Governance in Italy”*, ECGI Working Paper no. 180 of 2007; Allison Garrett, *“Themes and Variations: The Convergence of Corporate Governance Practices in Major World Markets”*, Denver Journal of International Law and Policy, of the 22.03.2004.

As for the Romanian law, the main study regarding the concept and the principles of corporate governance is included to Prof. Gheorghe Piperea’s work *“Drept comercial”* (*“Commercial Law”*), Editura C.H.Beck, 2008, wherein such notions are approached within the volume I.

I. Definition and General Issues

1. Appearance

The last decade of the just ended century marked the outlining of a particularly relevant field – corporate governance. Many studies, including reports, were made about it by groups of specialists representing major institutions – universities, stock exchanges, banks, governs etc.

From among them, the most successful and published are the Cadbury Report, made in the United Kingdom, and the King Report, elaborated in South Africa

The Cadbury Code has set the basis for the elaboration of the Corporate Management Code of the London Stock Exchange that includes basic principles and rules for managing a company so that it is made profitable, and any discrimination between shareholders is removed.

Many such codes appeared starting with 1992; for example, strong multinational companies such as Microsoft, General Electric have adopted their own corporate management codes, and have become more and more transparent towards investors.¹

Corporate governance has crystallised as an answer to the delimitation of the company management from its owners.

The firm would traditionally be managed by the owners' family, or by members of the same. Under the conditions of the economic, managerial, technological, and scientific developments during the second half of past century there appeared the need for companies – especially large and medium-sized ones – to be managed by professional managers.

2. Definition

Corporate governance has within a relatively short time drawn the attention of the public mainly due to the impact it wishes to emphasise having upon the healthy development of a trading company, of a corporation, and of the society generally. However, when it comes to define such concept there may be noted that such step is not an easy one as the wide range of potential national areas it touches has led in time to the creation of different definitions meant to answer each of the areas it has found applicability in, the legal one included. As a consequence at the international level, within the doctrine, but not only there, the most suggestive definitions would briefly be the following:

Corporate governance represents the methods financial resources providers of a company use in order to make sure they shall receive the profits they expect from such investment². The definition is directed towards an emphasis of the idea of investment, of aiming the profitability of the same, and of taking coverage against any risks.

Another similar definition would be the one according to which corporate governance is the branch of economics that is concerned with the manner companies can become more profitable by employing institutional structures such as articles of incorporation, organisation charts, and the legislation framework. Such branch is in most cases limited to studies regarding the manner shareholders can secure and stimulate company managers so that they receive the profits they expect from their investments.³

In supporting the idea that the impact of such concept at the social level is way larger than the mere profit, Financial Times, one of the titans of economic newspapers of the world, noted in one of its issues back in 1999: Corporate governance can be defined as the assembly of the relationships a company has with its shareholders, or in a wider meaning with the society globally. Corporate governance regards promoting correctness, transparency, and responsibility at the company level⁴. The emphasis here is set on the interdependence between the managing and direction bodies, and those controlling the financial management within a trading company, which would limit and control each other for proper company operation purposes.

¹ Mihaela Onofrei, "Management financiar-suport de curs" ("*Financial Management*" – course materials)

² "The Journal of Finance", Shleifer and Vishny, Harvard Economical Department, Edition 1997, p. 737.

³ www.encycogov.com

⁴ Quote from an article in the Financial Times newspaper, 21st June 1999, of the assertion of J. Wolfensohn, who at that time was Chairman of the World Bank.

Then, the European Economic Cooperation and Development Organisation⁵ establishes a general framework corporate governance is to be carried on within, deeming specific the distribution of rights and responsibilities between the various categories of persons being involved within the company – such as: the board of directors, the managers, the shareholders, and other categories – and sets the rules and procedures for making the decisions regarding the business of a company. Corporate governance involves a set of relationships between the management of a company, the executive board, shareholders, and other stakeholders. Moreover, corporate governance provides the structure by means of which the goals of the company, and the means for attaining such goals and determining the performance, are set.

The most complete of the doctrine definitions is maybe the one according to which corporate governance represents the assembly of rules and control mechanisms being applied for the purpose of protecting and balancing the interests, which in many cases are contradictory, of all the categories of participants in the economic activity (*stakeholders*) being carried on within companies⁶.

In our opinion, corporate governance *stricto sensu* represents the system by means of which a company (corporation) is actually managed and controlled, consisting of a set of relationships between the executive of the company, the board, on one hand, and its shareholders and other interest bearers (*stakeholders*), on the other hand. In other words, corporate governance reflects the manner a company is managed and controlled. In defining such concept there is assumed the idea that the global performance of the company is based on the stakeholders' theory. Registered capital, and the patrimony of the firm (the so-called value of a firm, within the business environment) are maximised to the extent managers are able to identify and balance the conflicts of interests arising between the partners within the company, particularly between shareholders and managers (the actual directors holding representation powers). The balancing of such interests is done by means of the corporate governance system.

The notion of corporation was not chosen without a purpose, the Romanian doctrine asserts⁷. The corporation is the joint stock company that, due to the extent of the business it carries on within its business objects, needs a developed system for managing the decision making and implementing mechanisms, including all the possibly applicable economic and legislation issues, which is called corporate governance. The primary purpose of such system is to settle the conflicts between the shareholders in a company and the directors (managers) of the same. The mechanism for settling the problems between the shareholders in a company and the executive team is the Supervision Board within the dualist system, respectively the Board of Directors within the unitary system. They have the role to set the development strategy of the company, which in its turn is to be carried into effect by the managers (the managers of the company, or the members of the managing board).

⁵ OECD (or OCDE - Organisation de coopération et de développement économiques) (*Economic Cooperation and Development Organisation*) reunites 30 member states that must have free market economies. The purpose of this organisation is to create economic and social statistics, forecasts, and analyses within the area of continued research and development of trading, environment, tax policies, etc, also including orientation models for the national legislations of the states. Romania undergoes the accession process by means of the procedure having been started by the Ministry of Foreign Affairs, and published with the Order no. 1310 of the 30/08/2006, regarding Romania's adhesion for the Declaration of the Organisation for Economic Cooperation and Development for International Investments and Multinational Enterprises, published with the Official Journal, Part I no. 822 of the 05/10/2006.

⁶ M. Naneş – Modificări în sistemul de guvernare corporativă sub impactul privatizării (“*Changes to the Corporate Governance System Due to Privatisation*”), Cercetare Ştiinţifică Servirea cadrelor didactice (*Scientific Research Serving Teachers*), 18th–19th May 2001, vol. 2, Editura Sylbi, Bucharest 2001.

⁷ Gheorghe Piperea, Drept comercial (“*Commercial Law*”), vol. I, Editura C.H.Beck, 2008, p. 248.

Another purpose of corporate governance is to protect shareholders, small ones especially, respectively to protect the other participants in the carrying on of the business of the trading company (*stakeholders*) from the concentration of power in the hands of the directors, and the managing of the business by the same to an arbitrary direction, or towards entering insolvency. *Stakeholders* are in the first place the investors within the company, to which add the employees, the creditors, the suppliers, the purchasers, the employees, governmental or international institutions, and the state, each of them holding a circle of interests regarding the joint stock company. Therefore, the corporate governance rules only apply for joint stock companies, and regard a set of practices providing higher transparency at the enterprise level, as a direct part of the company, equal rights for the shareholders, taking into account the stakeholders, and making the “governors” of the company responsible (especially with reference to the Board of Directors).

II. Principles and Forms (Models) of Corporate Governance

1. Stating and Examining the Principles

The principles of corporate governance as examined at a general level refer upon two major sides that also express the essence of the notion we have examined. They are in the first place the segregation of the powers being held by the bodies within the joint stock company, and in the second place the control of the internal and external organising and operation of the same company.

Thus, the segregation between the deliberating body (the general assembly of the shareholders), the managing bodies (the board of directors and the managers according to the unitary system, the managing board and the supervision board according to the dualist system), and the financial management controlling bodies, can be compared to the one of the three existing powers in a state – the legislative, executive, and judicial powers⁸. The latter ones are mutually controlling each other, but they are permanently in a state of interdependence that cannot be removed. There are thus ensured the social stability, the proper management of funds, the control over each of the participants in the whole system. Within the trading company the activity goes on in a largely similar manner. Each of the bodies ensuring its operation contribute in the stability, the proper operation, the control of the incoming and outgoing capital and other funds, respectively the limitation of the powers of each of the members of a body to his/her/its activity area, and to exercising the same within the limits, respectively within the mandate having been conferred upon him/her/it.

As regards the controlling of the company organising and operation, it includes the action for fighting possible deviations from mandate, and we refer in the first place upon the directors of the company, meaning abuse of power and attempts to deviate the purpose of the trading company from the one being set by means of the articles of incorporation. The form such abuse takes would be the one in which the delegation of competences, the appointing for and taking over of decision-making, control, execution positions do not follow the criteria of competence, professionalism, honour, as provided for by the Law no. 31/1990 on trading companies, but other arbitrary criteria. The alternative is however valid too, in cases where the assembly of the shareholders or individual shareholders tend to promote within the direction bodies a series of persons who also do not meet the requirements we stated above, also using appointment by arbitrary criteria.

Apart from the rare cases where those mentioned above would occur, internal control regards all the documents being issued by the bodies of the trading company, which need to

⁸ Please also refer to Gh. Piperea, *op. cit.*, p. 248 and the following.

comply with the legislation in force, lead to finding the simplest and fastest method to maximise profit, distribute the funds equally and according to the articles of incorporation (the law of the parties), but the most important, for each of the members to carry on his/her/its activity within the limits provided for by the law and the articles of incorporation (*lato sensu*), including herein the clear segregation of the patrimony, the own will, and the own organisation that form the legal personality of the trading company from the individuals who are actually managing it (with reference again especially to the directors of the company, as they directly manage the organising of the company).

These were until 1999 the general principles governing the, until then, pale concept of corporate governance. The same year, the OECD completed the elaboration of, and launched the Principles of corporate governance, without however considering outdated the old principles. The principles of corporate governance were first published in 1999, and became the international reference within the matter of corporate governance. The principles were reviewed in 2003 to take into account the development having occurred after 1999, within an extended process of regional consultation. The new principles were approved by the governs of the OECD countries in April 2004.

The new principles of corporate governance as elaborated by the OECD bring specific directions, which are of nature to improve legal regulations. They state practical proposals in attention of stock exchange authorities, of investors, and of other actors intervening within the governance of the company. The adapting of the principles of corporate governance was aimed to ensure transparency, accountability, and equitable treatment of the shareholders. The elaboration of such principles started with identifying the common elements within codes, the most effective practical models of governance.

The rules and the practices regulating the relations between the management of the corporation and the shareholders of the trading company, the employees and the creditors, are a guaranty for economic growth and financial stability. This allows strengthening the reliability and the integrity of the capital market, and economic profitability.

Therefore, following deliberations and international consultations, the principles were altered to address the following goals:

a. **Securing the basis for a profitable corporate governance framework.** The corporate governance framework involves promoting transparent and profitable markets to be based on observing the legislation, and the segregation of the responsibilities of the various authorities (decision-making, implementing, supervising ones) to be clearly expressed.

b. **Shareholders' rights.** The corporate governance framework must protect and facilitate the exercising of shareholders' rights notwithstanding that they are major or minor ones.

c. **Equitable treatment for shareholders.** The corporate governance framework must provide equitable treatment for all shareholders, including minor or foreign ones. All shareholders should hold regression rights should their rights be breached.

d. **The roles of the stakeholders within the corporate governance.** They refer upon recognising the rights, having been established by law or by mutual agreement, of stakeholders, and encouraging active cooperation between companies and the other stakeholders for the purpose of creating new job openings and maintaining a healthy financial condition.

e. **Provision of information and transparency.** This is an essential requirement that involves the provision of proper and timely information regarding any relevant action that concerns the company including financial condition, performances, risks, shareholding structure, and management.

f. **The accountability of the Board of Directors / the Supervision Board.** The corporate governance framework must provide by means of the Board of Directors the strategic guidance for

the company, the appointing and monitoring of managers, and the accountability towards the company and the shareholders.

Within the original publication⁹ the principles are stated in a much more complex form discussing in details the main issues, however leaving it for the states, respectively for the legislative bodies, to take the same into practice in a manner as adequate as possible to their own national reality. There was however aimed that the essence is retained, namely that corporate governance regards problems that result from segregating the ownership over the company, which belongs with the shareholders, from the control over the same, which belongs with the management, and tends to offer solutions for regulating the “principal-agent” relationship between shareholders and directors¹⁰. Such principles are that more welcome under the conditions that conflicts between managers, shareholders, and creditors are relatively frequent, and quite difficult to settle.

2. Practical Applicability of the Principles of Corporate Governance in Conflicts Occurring within Trading Companies. Conflicts of Interest between Managers, Shareholders, and Creditors. Settlement Methods.

Conflicts of interests can occur within or between the minor shareholders or major shareholders, as well as within the relationship the company has with creditors, managers, employees, consumers, the Govern, and the civil society as a whole.¹¹ For purposes of settling the conflict cases there is recommended, on a case to case basis, the harmonising of the own regulations with the existing legislation in the European Union regarding such area.

Corporate governance mechanisms are relevant as regards large economic organisations where segregation occurs between the ownership over the interest shares, and the actual management of the business. Joint stock companies represent the specific legal organising form for such arrangement type. They are as a rule listed in organised markets like stock exchanges. For small economic organisations where the investor, or a small number of investors, is/are directly involved in the management of the company, corporate management is only relevant under certain angles, such as the relationships with employees, or creditors.

Corporate governance mechanisms serve several categories of “*stakeholders*” as following:

Investors, who can monitor and protect their investment under better conditions; the enterprise thus acquires the capability to finance its development fast and cheap;

Capital markets, which could not exist and have a normal operation in absence of the protection mechanisms being provided within such framework;

Third parties (employees, creditors, suppliers, clients) having a relationship with the company, who can better protect their interests;

Public authorities, which by promoting proper corporate governance standards can improve the business environment, and stimulate investments;

⁹ For additional official annotations on each of the principles please refer to: <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>

¹⁰ The managerial concept of “principal-agent” or the “divorce between ownership and control” involves that, in order to achieve their purposes, the founders (the principal) appoint other persons (the agent) holding management knowledge and professional skills (*know-how*). The main problem with such a relationship is the “asymmetrical information” as the manager is holding more (and more relevant) information about the business than the owner does himself, and thus he could cause significant damage when not acting for the best interest of the same. Continued monitoring of managers’ performance, and proper stimulation of the same by shareholders were defined as basic solutions for effective management.

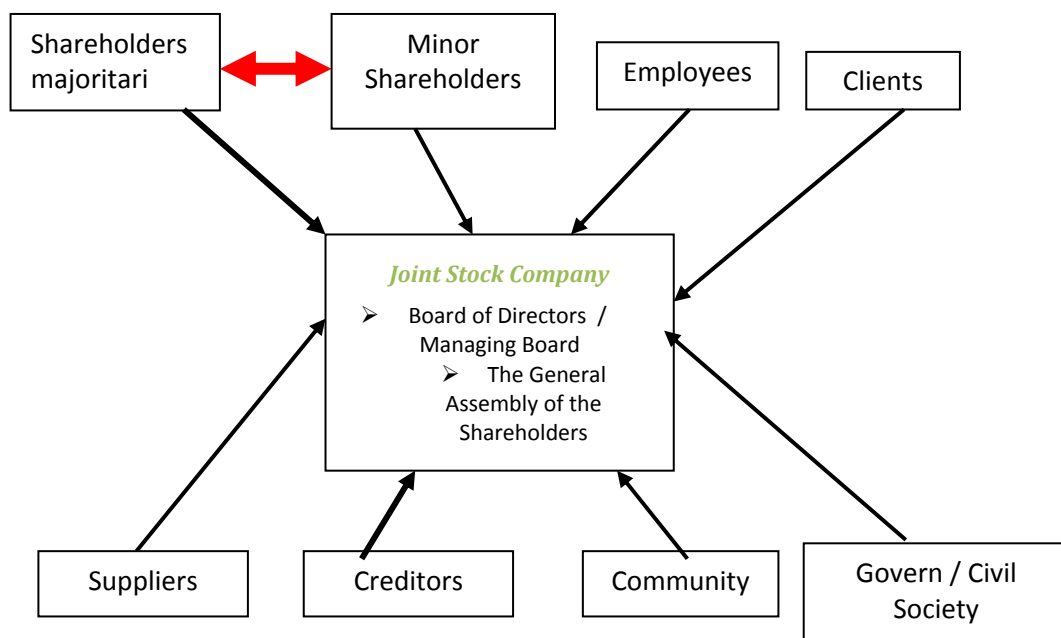
¹¹ Haim Levy, “Principles of Corporate Finance”, Hebrew University of Jerusalem, South Western College Publishing, 1998

Professional associations and non-governmental bodies, which are interested in promoting transparency, fighting corruption and tax evasion;

Population, who can better manage their savings, having the opportunity to place the same in the capital market as an investment alternative to the banking system.

The relationship between the company and “stakeholders”, practically represent the law subjects interacting, both internally and externally, in various manners, with the trading company, influencing upon the business, and upon the decision-making, or upon the priority decisions are given (holding as a rule the capacity of either creditor, or debtor, or manager), can be summarised as in the drawing below, which we deem concise enough, while still expressive.

Interrelations between “stakeholders” at the enterprise level



Each of the “stakeholders” hold own aspirations and interests, at times even contradictory ones, which are reflected in decisions that are hard to balance. Within such context, there can be invoked as examples a series of financial decisions that are rational from a certain standpoint, but generate hostility from other standpoints, thus:

a) Shareholders aim an increase to the dividends being distributed so that they quickly recover their investment and obtain personal profits as high as possible. As result wages should be reduced, and the funds for investments should be limited to a level that would secure dividend increase. Such a decision can cause antagonistic reactions from employees;

b) Both managers, and employees, have the objective to keep their jobs, and of course an increase to wages and acquiring own interests within the business they carry on, and less to improve the shareholders’ standard of living. Within such context, in absence of rigorous control from the shareholders, their wealth may be wasted, and even the object of their control may disappear;

c) Suppliers, in their turn, aim to quickly collect the value of the supplied raw matters, or of the rendered services, and to receive a price as high as possible, under the conditions of paying minimum efforts. A reaction from the company can be the breaking of the contract relationships with the same, but this could generate difficulties until replacement suppliers are found, for which reasons such decision is to only be made when the time is favourable;

d) Banks, in their turn, are interested for companies to be profitable enough to reimburse the loans and the related interest amounts.

e) Local community also is interested in the effects of profitability over other enterprises within the area, and in its impact upon the local labour market.

f) The state, as a structure that, by means of its bodies, represents the global interests of the nation, also is not indifferent to the proper operation of companies, and to the propagated effect of the same upon the operation of the macro-system they are part of, respectively the national economy as a whole.

3. Corporate Governance Models Being Employed within the European Union

The OECD Principles of Corporate Governance as approved in 1999 and reviewed in 2004 represent the reference terms for the relevant actions taken within the European Community space, and define corporate governance as we mentioned within the previous section. Such Principles also state that corporate governance “provides for a structure by means of which the goals of the company are set, and the methods for attaining such goals and monitoring the performance are determined”.

Within the European Union, the concept of corporate governance has started taking a clearer outline after 1997 when most countries adopted corporate governance codes, which however had a facultative nature. The trigger for adopting such codes were the financial scandals related to the bankruptcy of British companies that were listed in the capital market. Thus, within a general European context, the bankruptcy of Enron, as well as other similar cases in the early 2000s, made the European Union request, in April 2002, a High Group of Experts in Commercial Legislation to examine the corporate governance issues within the European context. As effect of the recommendations from such group of experts, as of the 21st May 2003 the European Commission approved an Action Plan that delineates the actions to be implemented at European scale in order to increase the protection for the shareholders and creditors of public companies, on one hand, and increase business profitability and at the Pan-European level, on the other hand. The key issues of corporate governance that in the opinion of the European Commission need to be reviewed and improved regard:

(i) increasing shareholders’ access to the company management, accompanied by accountability for the decisions being made (in order to establish an “actual shareholding democracy” based on equal rights to manage the company); and

(ii) modernising the board of managers (in order to prevent conflicts of interests, especially by promoting independent managers and forming an internal committee for audit, appointments, and compensation). The last issue also involves the establishing the level of collective accountability of the managers for the financial and non-financial results of the company. In particular, a topic that is widely discussed is the number of boards a person may be a member of, as some experts suggest that imposing the requirement for disclosure of the nature and extension of other engagements of the member of the board of a company would be a viable alternative to excessively limiting the number of mandates that may be held simultaneously. The recommendations of the European Commission regarding the roles of non-executive managers within listed companies emphasise that the presence within the board of independent managers

who are able to examine the decisions of the executive is a way to protect the interests of shareholders, and of other concerned parties. The major preoccupation within companies with dispersed shareholders is how to make managers accountable towards disadvantaged shareholders. The emphasis within companies with major shareholders is set on securing the observance of the rights of the minor ones. In both cases, providing proper protection for the interests of third parties (creditors, employees, clients) is relevant.

The corporate governance structure includes, as we mentioned, the following internal elements: shareholder, director, manager, employee, supplier, creditor as applicable, and depending on such law subjects the corporate governance system has three forms: the traditional model, the co-determination model, and the stakeholder model.

a) The traditional model (within the traditional North-American system) is based on two legal relations, and three levels: one of them is established between shareholders and directors based on a mandate agreement (respectively an agent agreement within the *common law*), and the other between directors and managers. Within such latter relation, managers hold an authority that derives from the one being held by the directors. Within this model, which is also called the shareholder revenue maximising model, the whole risk of the company is concentrated on the capital provider, who at the same time is the requester of the resulting revenue. The shareholders' assembly selects the directing board of the company, the decision-making system is based on the principle that one share represents one vote, and the directing board selects the management, which is assumed to make decisions for the purpose of maximising the value of the shares the shareholders are holding. In such case, the value of the shares is based on the current value of the future dividend projection, which results from the net profit.

b) Within the second model, the co-determination model (which is specific for the law systems in the West-European countries) there are three legal relations and four levels: one is established between shareholders and directors plus employees' representatives, one between directors plus employees' representatives and directors, and the third between directors and managers. In the case of the relation between shareholders and the proper board of directors there is interposed a "superior board" formed of shareholders' representatives and employees. The role of the superior board overlaps the role of the director in certain regards, as the same exercises the control function, examines the strategic goals of the company, and formulates recommendations for the board of directors.

c) Within the last corporate governance model (the "*stakeholder model*") there are two legal relations, and four levels, by extending the law subjects in the co-determination model, thus: one relation between shareholders and employees' representatives, respectively clients, and/or banks, and/or suppliers, and/or the state or the public administration, and/or the directors¹², as well as a relation being established by the directors with the employees' representatives, with clients, with banks, with supplier, and with managers, separately. Another body is mandatory interposing between shareholders and directors.

The reason for such model is the need for the business of a company to be not impaired by the relationships arising between all of these persons holding different interests and risks.

For a clear image of the notions and the relationships the same generates, we shall briefly present below few concrete models as operating within European countries that are members of the European Union.

In the first place the Anglo-Saxon corporate governance model (similar to the American one), which is a system that is based on the external influence being exercised by active stock exchanges, by means of acquisitions and mergers, upon the listed companies. Thus, companies are

¹² Rogene A. Buchholz- "Business Environment and Public Policy", Prentice Hall, 1992.

controlled, and securities are transacted, by means of capital markets under the conditions of dispersed shareholders. All Anglo-Saxon countries are generally characterised by highly developed capital markets, and the protection of investors, under the conditions that there are no major shareholders, is a permanent preoccupation of market regulating institutions, by means of corporate governance practices and policies. There results that within Anglo-Saxon countries generally (the United Kingdom, the U.S.A., Australia, and Canada) companies generally have similar corporate governance models, respectively one independent Board of Directors only, which monitors and controls the activity of the management for the purpose of improving the same, but the ultimate method for controlling, improving, and straightening the performances of companies is by means of hostile acquisitions within the developed capital markets of the relevant countries.

The second form is represented by the German corporate governance model (similar to the Japanese one), which is a system based on internal control, being not centred on the strong influence exercised by active capital markets, but on the existence of strong shareholders, such as banks. The features of this model come from the particularities of the social and commercial environment it has appeared in. Thus, in Germany, and in Japan as well, shareholders holding large blocks of shares usually get actively involved within the management of the relevant companies. Their role is to sanction poor management, to stimulate economic profitability, and to balance the interests of the social partners of the company, including those of the personnel of the same. Human capital is deemed to be of highest importance within the German model.

Unlike the Anglo-Saxon model, which is prevalently based on the capital market, the German model is centred on the banking system. Although in Germany and Japan banks do not have large holdings within the firms they are financing, they still exercise strong influence and control upon their governance system. The main advantage of such model is the monitoring and flexible financing of companies, as well as the effective communication between banks and the same. The strong involvement of banks within the management of companies confers upon this system particular stability, and a prevalent orientation towards economic development. There are however disadvantages too of this corporate governance system the doctrine has pointed out¹³.

Thus, certain authors¹⁴ noted that small investors have no participation within the capital market.

Other authors who, having examined this area, elaborated case studies, among which, for example, Franks and Mayer (2001)¹⁵, are talking about detailed examination of ownership, and the control over German corporations. Germany has less than 800 listed companies, as compared to the 3000 in the United Kingdom. 85% of the largest listed companies in Germany have concentrated ownership, with one shareholder holding more than 25% of the votes. The company ownership often takes the pyramidal shape of inter-corporate ownership. Franks and Mayer actually found no market for the control of the corporations in Germany as existing in the U.S.A. or in the United Kingdom. They noted an active market for shares of large ownership: sellers of large blocks of shares take all benefits, while minor investors have no merit.

The comparative study of the advantages and disadvantages of the two corporate governance models within the developed countries, namely the Anglo-American model and the German-Japanese model, suggests that the governance system of a company can be improved as result of the action of the following factors:

¹³ Haim Levy, "Principles of Corporate Finance", Hebrew University of Jerusalem, South Western College Publishing, 1998

¹⁴ Shleifer și Vishny(1997), *op.cit.*, please also refer to footnote no. 2;

¹⁵ Julian R. Franks and Colin Mayer, Ownership and Control of German Corporations (July 2001). CEPR Discussion Paper No. 2898. For the full text of the work please refer to Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=279387>

- Acquisitions of companies, with the existing regulated market for acquisitions in developed countries such as the United Kingdom, the U.S.A., France, Germany, Japan;
- the competitiveness of products and services also influences upon the corporate governance of the company, but the action of such factor is a slow one, and shareholders can lose huge amounts as result of degradation of products quality, losing clients and certain market sections because of poor effectiveness of the management of the firm;
- the capital market, which in fact provides the official recognition of the performances of a firm, and implicitly of those of the management, by means of the level of the price for the shares in the company;
- creditors, who conclude agreements with the company in order to have their rights protected, and should the same be breached they may request the bankruptcy procedure to be started in order to recover their receivables;
- institutional investors are a potential force to influence upon the governance of a company, in the United Kingdom and the U.S.A. especially. At the same time, however, they can be a hazard from the standpoint of the strong control they could exert over companies by virtue of a high percentage of their holdings within the share capital of the same. Therefore, in the U.S.A. there are in place restrictions regarding the concentration of holdings by institutional investors and banks, and there are also restrictions regarding the exercising of control over public companies, while in Germany and Japan institutional investors have a determining role in securing the observance of the shareholders' rights;
- the labour market for managers, which sanctions managers to receive excessive benefits without corresponding performance by their replacement by the Board of Directors, which brings the impossibility to find a similar job.

III. The Importance of Corporate Governance

Among the principles being generally accepted within the free market economy there are those regarding the fact that enterprises are to operate for the best interest of their owners (shareholders), on one hand, and on the other hand that other groups of stakeholders are interested in their performance too: managers, employees, clients, suppliers, banks, the state, the local community. From the strategic management standpoint this involves considering the interests all of them hold in the process of setting the strategic goals and formulating the strategy of the enterprise, so that they are balanced as fully as possible.

In theory, the control means stakeholders have available can be grouped by two categories:

In the first place, an external control that is exercised by means of the market and of the specific legal and institutional framework of a free market economy, and that takes three major forms of motivating and determining the managers to act according to the interests of the shareholders and of the other stakeholders, namely: selling the shares in order to sanction by this the managers' ineffectiveness, and the insufficient distributed dividends, respectively; bankruptcy imposed by creditors, who are entitled to require bankrupt enterprises to be liquidated; the employment agreement between shareholders and managers, which includes the managers' obligations and rights, the incentives that may be granted to the same, but also the sanctions that may be applied by reason of their activity lacking performance; and

In the second place, an internal control that is based on the shareholders' votes within the general assembly of the shareholders approving or sanctioning the activity of the managers and of the Board of Directors, that can maintain or revoke them from their positions; the operational control of managers, and the control of employees.

From such perspective for Romania, as well as for other East-European countries, the economic liberalisation, the decentralising of resources distribution, the transfer of state ownership towards the private sector, and the establishing of new private enterprises are not enough to ensure the operation of enterprises according to the principles of a free market economy, for restructuring, revitalising, and increasing the competitiveness and the profitableness of the same.

From the economic standpoint, the privatisation of state-owned enterprises, which was conceived as an answer to the need for a change within the system, is aimed to find owners wishing to ensure rational usage of the resources of the enterprises, and to increase the profitableness of the same. Changing ownership shall however not modify the managers' behaviour unless the new owners have the power, the motivation, and the required means to closely control their actions and see for it that they act for the best interest of the company, and not for their own best interest only.

Therefore, the object of privatisation should be not only the transfer of the legal ownership over the assets of enterprises, but also a transfer of the decision-making, control, and sanctioning powers towards the new owners, as well as the establishing of an institutional infrastructure, and of adequate mechanisms to be able to ensure effective corporate control.

As there results from the experience of countries with developed free market economy the appearance and improving of the corporate governance mechanisms were determined especially by the difficulties arising within the relationships between shareholders and managers because of the different interests and goals being pursued by the same, as well as of the different timelines each of the two categories of "actors" contemplate. Another relevant issue is the fact that as a rule when there are many shareholders having small holdings within the enterprise it is too costly for each of them to perform the required examinations in order to make sure that the managers are acting for their best interest, every shareholder preferring to be a "free rider", meaning to benefit from certain advantages without paying.

For Romanian privatised or privatisable enterprises the issue of corporate control, and of the adequate mechanisms for achieving it, is even more important taking into account: the structure and the behaviour of the shareholding as resulted from the mass privatisation process; the fact that ownership rights are not completely clarified; the lack of adequate mechanisms for protecting minor shareholders; the maintaining in the cases of some of the privatised trading companies of significant state holdings, and the often improper exercising by the authorised representatives of the same in various managing and directing bodies of the company of the powers they hold as the major shareholder; the poor performance of many of the enterprises; the presence within the Romanian economy of a stock exchange and extra-stock exchange system with an unattractive evolution, while the capital market still has an emerging nature.

Conclusions

- the permanent required, sufficient, and useful communication within the internal elements;
- the effectiveness and profitableness of the activities of the organisation in attaining the managemental goals, as measured by means of internal and external quality audits;
- providing effective protection of shareholder's rights;
- profitableness, by means of the board of directors making the optimum decisions;
- permanently keeping the public informed about the goals and the financial condition of the company, while keeping commercial secrecy;
- taking responsibility towards the community, and towards environment protection.

References

1. Stanciu D. Cârpenaru. *Drept comercial roman* ("Romanian Commercial Law"), 8th Edition, Editura Universul Juridic, Bucharest, 2008
2. Gheorghe Piperea, *Drept comercial* ("Commercial Law"), vol. I, Editura C.H.Beck, 2008.
3. M. Naneș, *Modificări în sistemul de guvernare corporativă sub impactul privatizării* ("Changes to the Corporate Governance System Due to Privatisation"), Cercetare Științifică Servirea cadrelor didactice (*Scientific Research Serving Teachers*), 18th–19th May 2001, vol. 2, Editura Sylbi, Bucharest 2001
4. Mihaela Onofrei, "Management financiar" –suport de curs ("*Financial Management*" – course materials)
5. Andrei Shleifer and Robert W. Vishny, "*The Journal of Finance*", Harvard Economical Department, Edition 1997
6. Sir Adrian Cadbury, "The Code of Best Practice", Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, Gee and Co Ltd, 1992
7. Haim Levy, "Principles of Corporate Finance", Hebrew University of Jerusalem, South Western College Publishing, 1998

Online Bibliography and Sites:

1. Rogene A. Buchholz - "Business Environment and Public Policy", Prentice Hall, 1992.
2. www.encycogov.com
3. <http://www.corpgov.net>

GUVERNAREA CORPORATIVĂ

Dan-Alexandru SITARU*

Abstract

Lucrarea își propune să studieze aspectele pe care le presupune o „guvernare corporativă”, obiectivul fiind acela de a clarifica înțelesurile acestei noțiuni și de a oferi o imagine de ansamblu asupra efectelor pozitive ce decurg din implementarea principiilor guvernării corporatiste. În prima parte sunt prezentate o serie de definiții în scopul deslușirii și conturării conceptului de „guvernare corporativă”, ulterior oferind o definiție ce ne pare a fi adecvata, cu precădere, din perspectiva juridică. A doua parte are ca scop enunțarea Principiilor guvernării corporative și analiza succintă a acestora. De asemenea, scopul include și ilustrarea în mod concret a modalităților de funcționare a unei „corporații” în mod eficient precum și care sunt principalele dileme și soluțiile acestora existente în cadrul structurii interne a unei societăți comerciale pe acțiuni ce adoptă și se supune acestor principii. În sfârșit, ultima parte a lucrării, relevă importanța guvernării corporative și indică obiectivele ce trebuie atinse în scopul unei conduceri eficiente, armonioase și nu în ultimul rând profitabile.

Cuvinte cheie: *guvernare corporativă, principiile guvernării corporative, formele guvernării, manager, stakeholders*

Introducere

Guvernarea corporatistă este un subiect relativ nou dar care în scurt timp s-a extins la toate nivelurile raporturilor sociale (global, european, national, local) cel mai important, în legatura cu activitățile întreprinderilor, adică la nivelul raporturilor juridice comerciale.

Din punct de vedere legal acest concept a fost implementat recent prin introducerea Legii nr. 441/2006 privind modificarea și completarea Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, republicată, acesta fiind primul act normativ ce a fost creat și a inclus de asemenea filosofia principiilor guvernării corporative.

Apariția târzie s-a datorat și doctrinei care nici în prezent nu a atins dezvoltarea celei internaționale. Este drept să consideram că practica este cea care trebuia să împrumute și implementeze conceptele internaționale, însă aceasta a exersat foarte puțin din potențialul guvernării corporative la nivelul societăților comerciale române, și atunci nici doctrina nu a fost forțată să răspundă la întrebări ce altfel s-ar fi ridicat în mod automat. Cu timpul însă, și ca urmare a armonizării cu legislația Europeană practica a început să dea naștere la situații diferite. Unele dintre ele ajunse în stadiu litigios au pus bazele jurisprudenței în domeniu.

Evoluția conceptului este totuși vizibilă iar un exemplu în acest sens ar fi că într-o societate comercială dezvoltată prezintă importanță și conceptele manageriale care presupun că fondatorii (principalul), pentru a-și realiza scopurile, angajează alte persoane (agenții), care dispun de cunoștințe și abilități profesionale de conducere (know-how). Dilema principală a acestei relații o reprezintă faptul că managerul deține mai multă (și o mai importantă) informație despre afacere decât proprietarul însuși și astfel ar putea să îl prejudicieze semnificativ atunci când nu acționează în interesele acestuia. Monitorizarea continuă a performanței managerilor și motivarea corespunzătoare a acestora din partea acționarilor au fost definite ca o parte dintre soluțiile de bază

* Preparator universitar, doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București (e-mail: sitaru.alexandru@yahoo.com).

pentru un management eficient. Este numai un pas spre un concept ce pare a tinde către globalizare.

Literatura de specialitate

În ceea ce privește literatura la nivel mondial analiza conceptului de guvernare corporativă și a principiilor acesteia au fost dezbătute intens din toate punctele de vedere, analizându-se împreună și legăturile acestui concept cu dreptul respectiv din perspectiva altor relații sociale, de care se află indisolubil legat. Apoi, principiile și formele au fost enunțate și analizate iar asupra modurilor și izvoarelor implementării acestora s-au scris numeroase cărți, dintre care: Jonathan P. Charkham, *“Keeping Good Company: A Study of Corporate Governance in Five Countries”*, Oxford University Press, 1994; John Colley, Wallace Stettinius, Jacqueline Doyle, George Logan, *“What is Corporate Governance?”*, editura McGraw-Hill International, 2004; James Brickley, Clifford W. Smith, Jerold L. Zimmerman, *“Managerial Economics & Organizational architecture”*, Editura McGraw Hill International, ediția 2004; Thomas Clarke, *“Theories of Corporate Governance: The Philosophical Foundations of Corporate Governance”*, editura Routledge London și New York, ediția 2004; Și nu în ultimul rând masiva lucrare a aceluiași autor *“Critical Perspectives on Business and Management”* Serie de 5 Volume referitoare la Guvernarea Corporativă - Geneza, Sistemul Anglo-American, Sistemul European, Sistemul Asian și Guvernarea Corporativă Contemporană”, editura Routledge London și New York, 2004. De asemenea, s-au realizat și publicat numeroase articole referitoare la această temă, din care putem enumera exemplificativ: Stijn Claessens, Simeon Djankov, Larry H.P. Lang, *“Ownership and Control in East Asian Corporations”*, Journal of Financial Economics, University of Rochester, nr. 58/1.10.2000, pag. 81-112; Simon Johnson, Peter Boone, Alasdair Breach, Eric Friedman, *“Corporate governance in the Asian financial crisis”*, Journal of Financial Economics, University of Rochester nr. 58/1.10.2000, pag. 141-186; Denis, D.K. and J.J. McConnell, *“International Corporate Governance”*, Journal of Financial and Quantitative Analysis, University of Washington – Foster School of Business, nr. 38/2003, pag. 1-36; Denis D. K. and J.J. McConnell (2003), *“International corporate governance”*, ECGI Working Paper nr. 5/2003, Publicat în Journal of Financial and Quantitative Analysis, nr. 38, 1-36; Andrei Shleifer and Robert W. Vishny, *“A Survey of Corporate Governance”*, Jurnalul Financiar al S.U.A., nr. 52/1996, pag. 737-783; M. Bigelli, V. Mehrotra and R. Rau, *“Expropriation, Unification, and Corporate Governance in Italy”*, ECGI Working paper nr. 180 din 2007; Allison Garrett, *“Themes and Variations: The Convergence of Corporate Governance Practices in Major World Markets”*, Denver Journal of International Law and Policy, din 22.03.2004. În ceea ce privește dreptul român, principalul studiu referitor la conceptul și principiile guvernării corporative este cuprins în lucrarea Prof. Gheorghe Piperea, *„Drept comercial”*, Editura C.H.Beck, 2008 unde în vol. I se tratează aceste noțiuni.

I. Definiție și aspecte generale

1. Apariție

Ultimul deceniu al secolului abia încheiat a marcat conturarea unui domeniu, deosebit de important – guvernarea corporativă. Asupra sa s-au realizat numeroase studii, inclusiv rapoarte, de către grupe de specialiști reprezentând instituții majore – universități, burse de valori, bănci, guverne etc.

Dintre acestea, cele mai reușite și mediatizate sunt Raportul Cadbury realizat în Marea Britanie și Raportul King, elaborat în Africa de Sud.

Codul Cadbury a stat la baza elaborării Codului de Conducere Corporativă al Bursei de Valori londoneze, conținând principiile și regulile de bază pentru administrarea unei companii astfel încât să se obțină eficientizarea acesteia și înlăturarea oricărei discriminări între acționari.

Începând cu anul 1992, au apărut o multitudine de astfel de coduri; de exemplu, companii multinaționale puternice ca Microsoft, General Electric și-au adoptat propriile coduri de conducere corporativă, devenind din ce în ce mai transparente față de investitori.¹

Guvernarea corporativă s-a cristalizat ca răspuns la delimitarea managementului companiei de proprietarii săi.

Tradițional, firma era condusă de familia proprietarilor sau de unii membri ai acesteia. În condițiile evoluțiilor economice, manageriale, tehnologice și științifice din a doua jumătate a secolului trecut, a apărut necesitatea conducerii firmelor – mai ales cele de dimensiuni mari și mijlocii – de către manageri profesioniști.

2. Definiție

Guvernarea corporativă (în engleză *corporate governance*) a reușit într-o perioadă relativ scurtă de timp să atragă atenția opiniei publice în principal datorită impactului care se vrea a fi subliniat că îl are asupra dezvoltării sănătoase a unei societăți comerciale, unei corporații, și societății în general. Totuși, în momentul în care se ridică problema definirii acestui concept, se poate observa că acest demers nu este unul simplu, vastitatea potențialelor domenii naționale pe care le atinge conducând, de-a lungul timpului, la crearea unor definiții diferite, concepute să răspundă fiecăruia dintre domeniile unde și-a găsit aplicabilitate, inclusiv cel juridic. Pe cale de consecință la nivel internațional, în doctrina, și nu numai, cele mai sugestive definiții ar fi, pe scurt, următoarele:

Guvernarea corporativă reprezintă modalitățile prin care furnizorii de resurse financiare ai unei companii se asigură că vor primi beneficiile la care se așteaptă făcând această investiție². Definiția este înclinată în direcția unui accent pus pe ideea de investiție, de urmărire a profitabilității acesteia și de asigurare împotriva oricăror riscuri.

O altă definiție asemănătoare ar fi cea conform cu care guvernarea corporativă este acea ramură a economiei care studiază modul în care companiile pot deveni mai eficiente prin folosirea unor structuri instituționale cum ar fi actele constitutive, organigramele și cadrul legislativ. Această ramură se limitează în cele mai multe cazuri la studii privind modul în care deținătorii de acțiuni pot să asigure și să motiveze directorii companiilor, astfel încât să primească beneficiile așteptate de pe urma investițiilor lor.³

În susținerea ideii că impactul acestui concept la nivel social este mult mai de anvergură decât simplul profit, Financial Times, unul dintre titanii ziarelor economice ale lumii scria în una dintre edițiile din anul 1999: Guvernarea corporativă poate fi definită ca ansamblul relațiilor unei companii cu acționarii săi sau mai pe larg, cu societatea pe ansamblu. Guvernarea corporativă se referă la promovarea corectitudinii, transparenței și responsabilității la nivel de companie⁴. Accentul aici cade de data aceasta pe interdependența dintre organele de conducere, administrare și cele de control al gestiunii din cadrul unei societăți comerciale, care se limitează și controlează reciproc în vederea bunului mers al societății.

¹ Mihaela Onofrei, "Management financiar-suport de curs"

² "The Journal of Finance", Shleifer and Vishny, Harvard Economical Departement, Ediția 1997, p. 737.

³ www.encycogov.com

⁴ Citat dintr-un articol din ziarul Financial Times, 21 Iunie 1999 a afirmației lui J. Wolfensohn, președinte al World Bank la acel moment.

Apoi, Organizația Europeană de Cooperare Economică și Dezvoltare⁵ stabilește un cadru general de desfășurare a guvernării corporative, considerând specifice distribuția drepturilor și responsabilităților între diferitele categorii de persoane implicate în companie - cum ar fi: consiliul de administrație, directorii, acționarii și alte categorii - și stabilește regulile și procedeele de luare a deciziilor privind activitatea unei companii. Guvernarea corporativa implică un set de relații între managementul unei companii, consiliul executiv, acționari și alți purtători de interese. În plus, Guvernarea corporativa furnizează structura prin care se stabilesc obiectivele companiei și mijloacele de atingere a acestor obiective și de determinare a performanței.

Poate cea mai completă definiție doctrinară este cea conform cu care guvernarea corporativă reprezintă ansamblul de norme și mecanisme de control aplicate, cu scopul de a proteja și a armoniza interesele, în multe cazuri contradictorii, ale tuturor categoriilor de participanți la activitatea economică (*stakeholderi*), desfășurată în cadrul firmelor⁶.

În opinia noastră, *stricto sensu* guvernarea corporativa reprezintă sistemul prin care o companie (corporație) este condusă și controlată, efectiv, constând într-un set de relații între executivul companiei, consiliul, pe de o parte, și acționarii săi și alți purtători de interese (*stakeholders*), pe de altă parte. Altfel spus, guvernarea corporativă reflecta modul în care o societate este condusă și controlată. În definierea acestui concept se merge pe ideea că performanța globală a companiei are la bază teoria deținătorilor de interese. Capitalul social, și patrimoniul firmei (așa numita valoare a unei firme, în mediul de business) se maximizează în măsura în care managerii reușesc să identifice și să armonizeze conflictele de interese care apar între partenerii sociali ai firmei, în special între acționari și manageri (administratorii efectivi cu puteri de reprezentare). Armonizarea acestor interese se asigură prin intermediul sistemului de guvernare corporativă.

Noțiunea de corporație nu este întâmplător aleasă, susține doctrina română⁷. Corporația este acea societate pe acțiuni care, datorită anvergurii activității pe care o desfășoară în cadrul obiectelor sale de activitate, necesită un sistem dezvoltat de gestionare a mecanismelor de luare a deciziilor și de implementare a acestora, cuprinzând toate aspectele economice și legislative posibile a fi incidente, denumit guvernare corporativa. Scopul primordial al acestui sistem este rezolvarea conflictelor dintre acționari unei societăți și administratorii (managerii) acesteia. Mecanismul de reglare a problemelor dintre acționarii unei firme și echipa de directori este Consiliul de Supraveghere, în cadrul sistemului dualist, respectiv Consiliul de Administrație, în cadrul sistemului unitar. Aceștia au rolul de a fixa strategia de dezvoltare a societății, care apoi trebuie la rândul ei executată de manageri (directorii societății sau membrii directoratului).

Un alt scop al guvernării corporative este protejarea acționarilor, în special a celor mici (*shareholders*), respectiv protejarea celorlalți participanți la desfășurarea activității economice a societății comerciale (*stakeholders*), față de concentrarea puterii în mâna administratorilor și de gestionarea de către aceștia a activității într-o direcție arbitrară ori în direcția intrării în insolvență. *Stakeholders* sunt în principal investitorii în cadrul societății, adăugându-se și salariații, creditorii, furnizorii, achizitorii, angajații, instituții guvernamentale sau internaționale și statul care dețin

⁵ OECD (sau OCDE - Organisation de coopération et de développement économiques) adună la un un loc 30 de state membre având obligativ o economie de piață. Scopul acestei organizații este de a crea statistici, previziuni și analize economice și sociale în domeniul cercetării și dezvoltării continue a comerțului, mediului, politicii fiscale etc, cuprinzând și modele orientative pentru legislațiile naționale ale statelor. România este în proces de aderare prin procedura demarată de Ministerul Afacerilor Externe și publicată în Ordinul nr. 1310 din 30/08/2006, privind aderarea României la Declarația Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică pentru Investiții Internaționale și Întreprinderi Multinaționale, Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 822 din 05/10/2006.

⁶ M. Naneș – Modificări în sistemul de guvernare corporativă sub impactul privatizării – Cercetare Științifică Servirea cadrelor didactice, 18 – 19 mai 2001, vol. 2, Editura Sylbi, București 2001.

⁷ Gheorghe Piperea, Drept comercial, vol. I, Editura C.H.Beck, 2008, p. 248.

fiecare un cerc de interese cu referire la societatea pe acțiuni. Așadar, regulile guvernării corporative se aplică doar la societățile pe acțiuni și se referă la un set de practici care asigură o mai mare transparență la nivelul întreprinderii, ca parte nemijlocită a societății, drepturi egale ale acționarilor, luarea în calcul a părților interesate (*shareholders*) și responsabilizarea „gubernanților” societății (cu predilecție referitor la cazul Consiliul de Administrație).

II. Principiile și formele (modelele) guvernării corporative

1. Enunțarea și analiza principiilor

Principiile guvernării corporative analizate la nivel general se referă la două mari laturi care exprimă și esența noțiunii analizate de noi. Acestea sunt, în primul rând, separația puterilor organelor din cadrul societății pe acțiuni și, în al doilea rând, controlul organizării și funcționării interne și externe a aceleași societăți.

Astfel, separația dintre organul de deliberare (adunarea generală a acționarilor), organele de administrare (consiliul de administrație și directorii, conform sistemului unitar, directoratul și consiliul de supraveghere, conform sistemului dualist) și organele de control a gestiunii poate fi asemănată celor trei puteri existente în stat – puterea legislativă, cea executivă și cea judecătorească⁸. Aceste din urmă se controlează reciproc dar permanent se află într-o interdependență ce nu poate fi înlăturată. Astfel se asigură stabilitatea socială, corecta gestiune a fondurilor, controlul fiecărui participant la întregul sistem. În cadrul societății comerciale activitatea se desfășoară, în mare parte, asemănător. Fiecare dintre organele ce asigură funcționarea acesteia contribuie la stabilitatea, buna funcționare, controlul intrărilor și ieșirilor de capital și alte fonduri, respectiv limitarea puterilor fiecăreia dintre membrii exponenți ai unui organ la domeniul său de activitate și la exercitarea acestuia în cadrul limitelor, respectiv mandatului conferit.

În ceea ce privește controlul organizării și funcționării societății, aici se includ măsurile de combatere a posibilelor abateri de la mandat, ne referim cu precădere la administratorii societății, în sensul abuzului de putere și încercării de a deturna scopul societății comerciale de la cel stabilit prin actele constitutive. Forma pe care acest abuz o îmbracă ar fi cea în care delegările de atribuții, numirea și preluarea de posturi de decizi, control, execuție să nu fie conform criteriilor de competență, profesionalism, onoare, așa cum prevede Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, ci conform altor criterii arbitrare. Însă, este valabilă și reciproca, atunci când adunarea acționarilor sau unii acționari individuali tind să promoveze în cadrul organelor administrative o serie de persoane care de asemenea nu îndeplinesc condițiile arătate mai sus, apelând și ei la nominalizarea pe criterii arbitrare.

Independent de situațiile, rare, în care s-ar ivi cele expuse mai sus, controlul intern se referă la totalitatea actelor ce emană de la organele societății comerciale, ca acestea să corespundă legislației în vigoare, să conducă la găsirea celei mai simple și rapide metode de a maximiza profitul, să distribuie egal și conform actului constitutiv (legea părților) fondurile, dar, cel mai important, ca fiecare dintre membri să-și desfășoare activitatea în limitele prevăzute de lege și actul constitutiv (*lato sensu*), incluzând aici separația clară între patrimoniul, voința proprie și organizarea proprie ce compun personalitatea juridică a societății comerciale față de persoanele fizice ce o conduc efectiv (din nou cu referire în special la administratorii societății, ei gestionând direct organizarea societății).

Acestea au fost până în 1999 principiile generale care guvernau, palidul până atunci concept de guvernare corporativa. În același an OECD finalizează elaborarea și lansează

⁸ A se vedea și Gh. Piperea, *op. cit.*, p. 248 și urm.

Principiile guvernării corporative fără însă a considera ca desuete vechile principii. Principiile guvernării corporative au fost publicate pentru prima oară în 1999, devenind referința internațională în materie de guvernare corporativă. Pentru a ține cont de evoluția intervenită după 1999, principiile au fost revizuite în 2003, în cadrul unui vast proces de consultări regionale. Noile principii au fost aprobate de guvernele țărilor OECD în aprilie 2004.

Noile principii ale guvernării corporative elaborate de OECD aduc indicații specifice, de natură să amelioreze reglementările juridice. Acestea formulează propuneri practice în atenția autorităților bursiere, a investitorilor și a altor pioni care intervin în guvernarea companiei. Adaptarea principiilor guvernării corporative a urmărit sensul asigurării transparenței, al răspunderii și al tratamentului echitabil al acționarilor. În elaborarea acestor principii s-a pornit de la identificarea elementelor comune din coduri, a celor mai eficiente modele practice de guvernare.

Regulile și practicile care reglementează relațiile dintre conducerea corporației și acționarii societăților comerciale, salariați și creditorii sunt o garanție a creșterii economice și stabilității financiare. Aceasta permite întărirea încrederii și integrității pieței de capital și a eficienței economice.

Astfel, în urma deliberărilor și consultărilor internaționale, principiile au fost modificate pentru a atinge următoarele obiective:

a. **Asigurarea bazei pentru un cadru de guvernare corporativă efectivă.** Cadrul guvernării corporative implică să se promoveze piețe transparente și eficiente, care să se bazeze pe respectarea legislației, și să fie exprimată clar împărțirea responsabilităților diferitelor autorități (de decizie, de implementare, de supraveghere).

b. **Drepturile acționarilor** Cadrul guvernării corporative trebuie să protejeze și să faciliteze exercitarea drepturilor acționarilor, indiferent dacă sunt minoritari sau majoritari.

c. **Tratamentul echitabil al acționarilor.** Cadrul guvernării corporative trebuie să asigure tratament echitabil pentru toți acționarii, inclusiv cei minoritari sau străini. Toți acționarii să aibă drept de regres în cazul încălcării drepturilor lor.

d. **Rolul părților interesate în guvernarea corporativă.** Acesta se refera la recunoașterea drepturilor, stabile prin lege sau prin acord mutual, ale părților interesate și încurajarea unei cooperări active între companii și restul stakeholders în scopul creării de noi locuri de muncă și menținerea unei stări de bunăstare financiară.

e. **Oferirea de informații și transparență.** Este o cerință esențială care presupune oferirea de informații corecte și la timp privind orice acțiune importantă care privește compania, incluzând aici situația financiară, performanțele, riscurile, structura de acționariat și conducerea.

f. **Responsabilitatea Consiliului de Administrație/Consiliul de Supraveghere.** Cadrul guvernării corporative trebuie să asigure prin Consiliul de Administrație ghidarea strategică a companiei, numirea și monitorizarea managementului și responsabilitatea față de companie și acționari.

În publicația originală⁹ principiile sunt prezentate într-o formă mult mai complexă, cu tratarea în detaliu a principalelor aspecte, lăsând totuși la latitudinea statelor, respectiv a organismelor legislative, transpunerea în practica a acestora într-o modalitate cât mai potrivită realității lor naționale. S-a urmărit însă să se păstreze esența și anume aceea că guvernarea corporativă se referă la probleme care rezultă din separarea proprietății asupra companiei, care este a acționarilor, de controlul acesteia, care se exercită de către management, și tinde să ofere soluții pentru reglementarea relației „principal-agent” între acționari și administratori¹⁰. Aceste principii

⁹ Pentru adnotări oficiale suplimentare ale fiecărui principiu în parte a se vedea: <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>

¹⁰ Conceptul managerial de „principal-agent” sau „divorțul între proprietate și control” presupune că pentru a-și realiza scopurile fondatorii (principalul) angajează alte persoane (agent), care dispun de cunoștințe și abilități

sunt cu atât mai mult binevenite în condițiile în care conflictele dintre manageri, acționari și creditori sunt relativ frecvente și destul de dificil de soluționat.

2. Aplicabilitatea practică a principiilor guvernării corporative în cadrul conflictelor ce intervin în cadrul societăților comerciale. Conflicte de interes între manageri, acționari și creditori. Modalități de soluționare.

Conflictele de interese pot apărea în cadrul sau între acționarii minoritari ori acționarii majoritari, precum și în relația dintre corporație și creditori, manageri, angajați, consumatori, Guvern și societatea civilă ca întreg.¹¹ Pentru soluționarea situațiilor conflictuale se recomandă, de la caz la caz, armonizarea regulamentelor proprii cu legislația existentă în Uniunea Europeană referitor la acest domeniu.

Mecanismele guvernării corporative sunt relevante pentru organizațiile economice mari, în care apare o separare între proprietatea asupra părților de interese și administrarea efectivă a afacerii. Societățile comerciale pe acțiuni reprezintă forma specifică de organizare juridică a acestui tip de aranjament. De regulă, acestea sunt listate pe piețe organizate de genul burselor de valori. Pentru organizațiile economice mici, în care investitorul sau un număr mic de investitori sunt direct implicați în conducerea societății, conducerea corporativă este relevantă doar sub anumite aspecte, cum ar fi relațiile cu salariații, creditorii.

Mecanismele guvernării corporative servesc mai multor categorii de „stakeholders”, după cum urmează:

Investitorilor, care își pot supraveghea și proteja investiția în condiții mai bune; în felul acesta întreprinderea dobândește capacitatea de a-și finanța rapid și ieftin dezvoltarea;

Piețelor de capital, care nu ar putea să existe și să funcționeze normal în lipsa mecanismelor de protecție asigurate în acest cadru;

Terților (salariați, creditori, furnizori, clienți) aflați în relație cu corporația, care își pot proteja mai bine interesele;

Autorităților publice, care prin promovarea unor standarde corespunzătoare de guvernare corporativă pot să îmbunătățească mediul de afaceri și să stimuleze investițiile;

Asociațiilor profesionale și organismelor non-guvernamentale, care au interes în promovarea transparenței, combaterea corupției și a evaziunii fiscale;

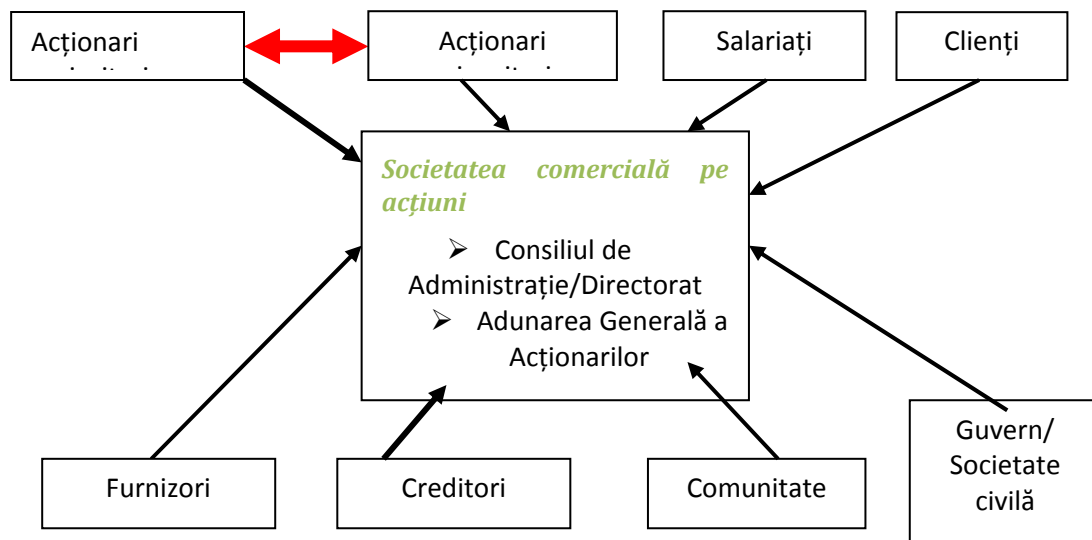
Populației, care își poate gestiona mai bine economiile, având posibilitatea să le plaseze pe piața de capital, ca alternativă de investiție față de sistemul bancar.

Relația dintre corporație și „stakeholders”, care reprezintă practic acele subiecte de drept ce interacționează atât intern cât și extern, în diferite moduri, cu societatea comercială influențând activitatea și luarea sau prioritatea deciziilor (de regulă având fie calitatea de creditor fie pe cea de debitor fie cea de manager), se poate rezuma, ilustrativ, în schema de mai jos, considerată de noi suficient de concisă dar în același timp elocventă.

profesionale de conducere (*know-how*). Problema principală a acestei relații este „informația asimetrică”, managerul deține mai multă (și mai importantă) informație despre afacere decât proprietarul însăși și îl poate prejudicia semnificativ atunci când nu acționează în interesele acestuia. Monitorizarea continuă a performanței managerilor și motivarea corespunzătoare a acestora din partea acționarilor au fost definite ca soluții de bază pentru un management eficient.

¹¹ Haim Levy, „Principles of Corporate Finance”, Hebrew University of Jerusalem, Editura South Western College Publishing, 1998

Interrelațiile dintre “stakeholders” la nivelul întreprinderii



Fiecare dintre “stakeholders” are propriile aspirații și interese, uneori chiar contradictorii, care se reflectă în decizii greu de armonizat. În acest context se pot invoca drept exemple o serie de decizii financiare raționale dintr-un anumit punct de vedere, dar care generează ostilitate din alte puncte de vedere, astfel:

a) Acționarii doresc o creștere a dividendelor distribuite pentru a își recupera rapid investiția și pentru a obține o rentabilitate personală cât mai ridicată. Drept urmare, salariile ar trebui reduse, iar fondurile destinate investițiilor ar trebui limitate la un nivel care să asigure o creștere a dividendelor. O astfel de decizie poate cauza reacții adverse din partea salariaților .

b) Atât managerii, cât și salariații au drept obiectiv rămânerea în continuare în funcție și, desigur creșterea salariilor și dobândirea de interese proprii în activitatea desfășurată și mai puțin îmbunătățirea nivelului de viață al acționarilor. În acest context, în lipsa unui control riguros din partea acționarilor, avuția acestora poate fi risipită și dispăre chiar obiectul controlului;

c) Furnizorii, la rândul lor, urmăresc încasarea rapidă a contravalorii materiilor prime sau serviciilor prestate și încasarea unui preț cât mai ridicat, în condițiile depunerii unui efort minim. O reacție a firmei poate fi ruperea relațiilor contractuale cu aceștia, dar poate genera dificultăți până la găsirea unor furnizori înlocuitori, motiv pentru care această decizie trebuie luată la momentul oportun;

d) Băncile, la rândul lor, sunt interesate ca societățile să fie suficient de profitabile pentru a putea rambursa creditele și dobânzile aferente.

e) Comunitatea locală este și ea interesată de efectul prosperității societății asupra altor întreprinderi din zonă și de impactul său asupra pieței locale a forței de muncă.

f) Statul, ca structură ce reprezintă prin organismele sale interesele de ansamblu ale națiunii, nu este nici el indiferent față de buna funcționare a societăților și de efectul propagat al activității acestora asupra funcționării macrosistemului din care fac parte, respectiv economia națională în ansamblul său.

3. Modele de guvernare corporativă utilizate de companiile din Uniunea Europeană

Principiile de Guvernare Corporativă a OCDE aprobate în 1999 și revizuite în 2004, constituie termenii de referință pentru acțiunile la subiect întreprinse în spațiul Comunității Europene și definesc guvernarea corporativă așa cum am arătat în secțiunea precedentă. De asemenea, aceste Principii stabilesc că guvernarea corporativă „prevăde o structură prin care obiectivele companiei sunt stabilite și modalitățile de atingere a acestor obiective și monitorizare a performanței sunt determinate”.

În Uniunea Europeană, conceptul de guvernare corporativă a început să se contureze mai clar după 1997, când majoritatea țărilor au adoptat coduri de guvernare corporativă, care aveau însă caracter opțional. Impulsul adoptării acestor coduri au fost scandalurile financiare legate de falimentul unor companii britanice cotate pe piața de capital. Astfel, într-un context european general, falimentul Enron, precum și alte cazuri similare de la începutul anilor 2000, au făcut ca Uniunea Europeană în aprilie 2002 să solicite unui Înalt Grup de Experți în Legislație Comercială să examineze chestiunile de guvernare corporativă în context european. Ca efect al recomandărilor formulate de acest grup de experți, la 21 mai 2003, Comisia Europeană a aprobat un Plan de Acțiuni care schițează măsurile care trebuie implementate la scară europeană pentru a spori protecția acționarilor și creditorilor companiilor publice, pe de o parte, și a ridica eficiența și competitivitatea în afaceri la nivel pan-european, pe de altă parte. Aspectele-cheie în guvernarea corporativă, care, în opinia Comisiei Europene, trebuie revizuite și perfecționate, se referă la:

(i) creșterea accesului acționarilor la conducerea companiei, îmbinat cu responsabilitate pentru deciziile luate (pentru edificare unei „democrații acționare reale”, bazată pe dreptul egal de conducere a companiei); și

(ii) modernizarea consiliului de directori (pentru prevenirea conflictului de interese, în special prin promovarea directorilor independenți și constituirea unor comisii interne de audit, numiri și remunerare). Acest ultim aspect implică și instituirea regulii de responsabilitate colectivă a directorilor pentru rezultatele financiare și non-financiare ale companiei. În particular, un subiect larg dezbătut este numărul de consilii în care o persoană poate fi membru, unii experți sugerând că impunerea cerinței de dezvăluire a naturii și întinderii altor angajamente ale membrului consiliului unei companii ar fi o alternativă viabilă pentru limitarea excesivă a numărului de mandate deținute simultan. Recomandările Comisiei Europene privind rolul directorilor non-executivi în companiile listate subliniază că prezența în consiliu a directorilor independenți, capabili să aprecieze deciziile executivului, este un mijloc de protecție a intereselor acționarilor și altor părți interesate. În companiile cu acționariat dispersat preocuparea majoră este cum să îi facă responsabili pe manageri în fața acționarilor dezavantajați. În companiile cu acționari majoritari, accentul este pus pe asigurarea respectării intereselor minoritarilor. În ambele cazuri, asigurarea protecției adecvate a intereselor persoanelor terțe (creditori, salariați, clienți) este relevantă.

În structura guvernării corporative se regăsesc, după cum am menționat, următorii constituenți interni: acționar, administrator, manager, salariat, furnizor, creditor, după caz, iar în funcție de aceste subiecte de drept, sistemul de guvernare corporativă cunoaște trei forme: modelul tradițional, modelul codeterminării și modelul riscului asumat („traditional model”, „co-determination model”, „stakeholder model”).

a) Modelul tradițional (în sistemul nord-american tradițional) are la bază două raporturi juridice și trei nivele: unul se stabilește între acționari și administratori, în baza unui contract de mandat (respectiv contract de agenție în *common law*), iar unul între administratori și manageri. În această ultimă relație, managerii dispun de o autoritate derivată din cea a administratorilor. În acest model, numit și modelul maximizării veniturilor acționarilor, întregul risc al firmei se concentrează asupra furnizorului de capital, care este în același timp solicitantul veniturilor rezultate. Adunarea acționarilor selectează consiliul director al firmei, sistemul de luare a

deciziilor se bazează pe principiul o acțiune înseamnă un vot, iar consiliul director alege managementul care se presupune că ia decizii în scopul maximizării valorii acțiunilor deținute de acționari. În acest caz, valoarea acțiunilor se fundamentează pe valoarea prezentă a proiecției dividendelor viitoare, care derivă din profitul net.

b) În cel de al doilea model, al codeterminării (specific sistemelor de drept din țările vest europene) există trei raporturi juridice și patru nivele: unul se stabilește între acționari cu administratori plus reprezentanți ai salariaților, unul între administratori plus reprezentanți ai salariaților cu administratorii, iar cel de al treilea între administratori cu managerii. În cazul relației dintre acționari și consiliul de administrație propriu-zis se interpune un „consiliu superior”, compus din reprezentanții acționarilor și salariați. Rolul consiliului superior se suprapune rolului acționarului în anumite privințe, întrucât exercită funcția de control, analizează obiectivele strategice ale companiei și formulează recomandări consiliului de administrație.

c) În ultimul model de guvernare corporativă („*stakeholder model*”) există două raporturi juridice și patru nivele, prin extinderea subiectelor de drept ce se găsesc în modelul codeterminării, astfel: un raport între acționari și reprezentanții salariaților, respectiv clienții, și/sau bănci, și/sau furnizori, și/sau statul sau administrația publică și/sau administratori¹², precum și un raport stabilit de către administratori cu reprezentanții salariaților, cu clienți, cu bănci, cu furnizori și cu manageri separat. Între acționari și administratori nu trebuie să se interpună un alt organism, în mod obligatoriu.

Motivația acestui model se regăsește în necesitatea ca activitatea unei companii să nu fie afectată de relațiile care se creează între toate aceste persoane cu interese și riscuri diferite.

Pentru o imagine clară asupra noțiunilor și relațiilor generate de aceasta, în continuare, prezentăm pe scurt, în concret, câteva modele dintr-o serie de țări europene, ce fac parte din Uniunea Europeană.

În primul rând modelul de guvernare corporativă anglo-saxon (similar celui american) care reprezintă un sistem bazat pe influența externă exercitată de piețele de capital active prin intermediul achizițiilor și fuziunilor asupra companiilor cotate. Astfel, prin intermediul piețelor de capital active se realizează controlul companiilor și tranzacționarea titlurilor de valoare, în condițiile unui acționariat dispersat. Toate țările anglo-saxone se caracterizează în general prin piețe de capital puternic dezvoltate, iar protecția investitorilor, în condițiile inexistenței unor acționari importanți, reprezintă o preocupare permanentă a instituțiilor de reglementare a piețelor prin intermediul practicilor și politicilor de guvernare corporativă. Rezultă că, în țările anglo-saxone (Regatul Unit., S.U.A, Australia și Canada), companiile au în general modele de guvernare corporativă similare, respectiv un singur Consiliu de administrație independent, care monitorizează și controlează activitatea managementului în scopul îmbunătățirii acestuia, dar ultima modalitate de control, ameliorare și redresare a performanțelor companiilor se realizează prin intermediul achizițiilor ostile efectuate pe piețele de capital dezvoltate ale țărilor respective.

A doua formă o reprezintă modelul de guvernare corporativă german (similar celui japonez) este un sistem bazat pe controlul intern, nefiind centrat pe influența puternică exercitată de piețele de capital active, ci pe existența unor acționari puternici, precum băncile. Trăsăturile acestui model decurg din particularitățile mediului social și comercial în care a apărut. Astfel, în Germania, ca și în Japonia, acționarii care dețin blocuri mari de acțiuni de obicei se implică activ în managementul companiilor respective. Rolul lor este de a sancționa managementul de slabă calitate, de a stimula eficiența economică și de a realiza armonizarea intereselor partenerilor sociali ai firmei, inclusiv ale personalului acesteia. Capitalul uman este considerat a avea cea mai mare importanță în cadrul modelului german.

¹² Rogene A. Buchholz- “Business Environment and Public Policy”, Prentice Hall, 1992.

În contrast cu modelul anglo-saxon care se bazează prioritar pe piața de capital, modelul german este centrat pe sistemul bancar. Deși în Germania și Japonia băncile nu au dețineri mari de acțiuni în cadrul firmelor pe care le finanțează, totuși acestea exercită o puternică influență și control asupra sistemului lor de guvernare. Principalul avantaj al acestui model este monitorizarea și finanțarea flexibilă a firmelor, precum și comunicarea eficientă dintre bănci și acestea. Implicarea puternică a băncilor în conducerea firmelor conferă acestui sistem o stabilitate deosebită și o orientare prioritară spre dezvoltarea economică. Există totuși și dezavantaje ale acestui sistem de guvernare corporativă pe care doctrina le-a semnalat¹³.

Astfel, unii autori¹⁴ au observat că micii investitori nu au nicio participație în piața capitalului.

Alți autori, care preocupându-se de analiza acestui domeniu au elaborat studii de caz, printre care, de exemplu Franks și Mayer (2001)¹⁵ vorbesc despre o analiză detaliată a proprietăților și controlul corporațiilor germane. Germania are mai puțin de 800 companii citate în contrast cu cele 3000 din Marea Britanie. În Germania, 85% din cele mai mari companii citate au o proprietate concentrată, un acționar deține mai mult de 25% din voturi. Proprietatea companiei adesea ia forme de piramidă a proprietăților intercorporate. Frank și Mayer nu au găsit practic nici o piață pentru controlul corporațiilor din Germania, așa cum sunt în SUA sau Marea Britanie. Ei au observat o piață activă în acțiuni ale marilor proprietari: vânzătorii de mari blocuri de acțiuni au parte de toate beneficiile, proprietarii minoritari neavând nici un merit.

Studiul comparativ al avantajelor și dezavantajelor celor două modele de guvernare corporativă din țările dezvoltate, modelul anglo-american și modelul germano-japonez, sugerează că sistemul de guvernare a unei companii poate fi îmbunătățit ca urmare a acțiunii următorilor factori:

- achizițiile de firme, în țările dezvoltate, precum Marea Britanie, S.U.A., Franța, Germania, Japonia existând o piață reglementată a achizițiilor;
- competitivitatea produselor și a serviciilor, de asemenea influențează guvernanta corporativă a companiei, dar acțiunea acestui factor este lentă, acționarii pot pierde sume imense ca urmare a degradării calității produselor, a pierderii clientelei și a unor segmente de piață datorită eficienței scăzute a managementului firmei;
- piața de capital, care oferă de fapt recunoașterea oficială a performanțelor unei firme și implicit ale managementului prin nivelul prețului acțiunilor firmei;
- creditorii, care încheie contracte cu compania pentru a își proteja drepturile și în cazul încălcării acestora pot cere declanșarea procedurii de faliment pentru recuperarea creanțelor lor;
- investitorii instituționali reprezintă o potențială forță de influență a guvernantei unei companii, în special în Marea Britanie și S.U.A. În același timp însă, aceștia constituie și un pericol din punct de vedere al controlului puternic pe care îl pot exercita asupra firmelor în virtutea unui procent mare al deținerilor în capitalul social al acestora. Astfel în S.U.A. există restricții privind concentrarea deținerilor de acțiuni în mâna investitorilor instituționali și a băncilor, și de asemenea există restricții privind exercitarea controlului asupra companiilor publice, în timp ce în Japonia și Germania investitorii instituționali au un rol hotărâtor în respectarea drepturilor acționarilor;

¹³ Haim Levy, "Principles of Corporate Finance", Hebrew University of Jerusalem, Editura South Western College Publishing, 1998

¹⁴ Shleifer și Vishny (1997), *op.cit.*, vezi nota de subsol nr. 2;

¹⁵ Julian R. Franks and Colin Mayer, Ownership and Control of German Corporations (July 2001). CEPR Discussion Paper No. 2898. Pentru textul complet al lucrării a se vedea Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=279387>

- piața forței de muncă pentru manageri, care îi sancționează pe managerii care primesc beneficii excesive fără a avea performanțe pe măsură, prin înlocuirea lor de către Consiliul de Administrație, ceea ce atrage după sine imposibilitatea găsirii unui loc de muncă similar.

III. Importanța guvernării corporative

Printre principiile general acceptate în economia de piață se numără și cele referitoare la faptul că întreprinderile trebuie să funcționeze în interesul proprietarilor (acționarilor), pe de o parte, iar pe de altă parte că de performanța lor sunt interesate și alte grupuri de stakeholderi: manageri, salariați, clienți, furnizori, bănci, stat, comunitatea locală. Din punct de vedere al managementului strategic, aceasta presupune luarea în considerație a intereselor tuturor acestora în procesul de stabilire a obiectivelor strategice și de formulare a strategiei întreprinderilor, astfel încât să se asigure o armonizare cât mai deplină a lor.

Teoretic, mijloacele de control de care dispun stakeholderii pot fi grupate în două categorii:

În primul rând, un control extern, care se exercită prin intermediul pieței și al cadrului juridic și instituțional specific unei economii de piață și care îmbracă, în principal, trei forme prin care pot fi motivați și determinați managerii să acționeze potrivit intereselor acționarilor și ale celorlalți stakeholderi, și anume: vinderea acțiunilor pentru a sancționa astfel ineficacitatea managerilor și, respectiv, insuficiența dividendelor distribuite; falimentul impus de creditorii, care sunt în drept să ceară lichidarea întreprinderilor falimentare; contractul de muncă dintre acționari și manageri, ce cuprinde obligațiile și drepturile ce revin managerilor, stimulentele ce pot fi acordate acestora, dar și sancțiunile ce pot fi aplicate pentru lipsa de performanță a activității lor.

În al doilea rând, un control intern, bazat pe votul acționarilor în adunarea generală a acționarilor care aprobă sau sancționează activitatea managerilor și a Consiliului de Administrație, îi poate menține sau revoca din funcție; controlul operațional al managerilor și controlul salariaților.

Din această perspectivă, pentru România, ca de altfel și pentru alte țări est-europene, liberalizarea economică, descentralizarea alocării resurselor, transferul proprietății de stat către sectorul privat și crearea de noi întreprinderi private nu sunt suficiente pentru a asigura funcționarea întreprinderilor potrivit principiilor unei economii de piață, pentru restructurarea, revitalizarea și sporirea competitivității și a profitabilității acestora.

Din punct de vedere economic, privatizarea întreprinderilor de stat, concepută ca un răspuns la nevoia de schimbare în interiorul sistemului, vizează găsirea unor proprietari animați de dorința de a asigura o utilizare rațională a resurselor întreprinderilor și creșterea profitabilității acestora. Schimbarea regimului de proprietate nu va modifica însă comportamentul managerilor dacă noii proprietari nu vor avea puterea, motivația și mijloacele necesare pentru a le controla de aproape acțiunile și a veghea ca ei să acționeze în interesul întreprinderii și nu doar al propriului interes.

Prin urmare, obiectul privatizării trebuie să îl constituie nu numai transferul proprietății juridice asupra activelor întreprinderilor ci, de asemenea, un transfer al puterii de decizie, control și sancțiune în favoarea noilor proprietari, precum și crearea unei infrastructuri instituționale și a unor mecanisme adecvate capabile să asigure un control corporativ eficient.

După cum rezultă din experiența țărilor cu economie de piață dezvoltată, apariția și perfecționarea mecanismelor de guvernare corporativă a fost determinată îndeosebi de dificultățile ce apar în relațiile dintre acționari și manageri datorită intereselor și obiectivelor diferite urmărite de aceștia, precum și orizontului diferit de timp avut în vedere de fiecare din cele două categorii de "actori". Aspectelor relevante li se mai adaugă faptul că, de regulă, atunci când există mulți

aționari ce dețin participații reduse de acțiuni în cadrul întreprinderii, este prea costisitor pentru fiecare din aceștia să facă analizele necesare pentru a se asigura că managerii acționează în interesul lor, fiecare deținător de acțiuni preferând să fie „călăreț liber”(free rider), adică să beneficieze de anumite avantaje fără a plăti.

Pentru întreprinderile românești privatizate sau privatizabile, problema controlului corporativ și a mecanismelor adecvate pentru realizarea sa este și mai importantă ținând cont de: structura și comportamentul acționariatului rezultat în urma procesului de privatizare de masă; neclarificarea în totalitatea a drepturilor de proprietate; lipsa unor mecanisme adecvate de protecție a acționarilor minoritari; menținerea în cazul unora din societăți comerciale privatizate a unor participații semnificative ale statului și exercitarea adesea necorespunzătoare de către reprezentanții abilitați ai acestuia în diferite organisme de conducere și administrare a societății a prerogativelor care îi revin în calitate de acționar majoritar; performanța redusă a multor întreprinderi; prezența în economia românească a unui sistem bursier și extrabursier cu o evoluție neatractivă, piața de capital având însă un caracter emergent.

Concluzii

- comunicare necesară, suficientă și utilă, permanentă între constituenții interni;
- eficacitatea și eficiența activităților organizației în atingerea obiectivelor manageriale, măsurate prin auditări interne și externe ale calității;
- asigurarea unei protecții eficiente a drepturilor acționarilor;
- eficiența, prin alegerea deciziilor optime de către consiliul de administrație;
- informarea permanentă a publicului cu privire la obiectivele și situația financiară a societății, cu respectarea secretului comercial;
- asumarea responsabilității față de comunitate și față de protecția mediului.

Bibliografie română și internațională

1. Stanciu D. Cărpenaru. *Drept comercial român*, ediția VIII, Editura Universul Juridic, București, 2008
2. Gheorghe Piperea, *Drept comercial*, vol. I, Editura C.H.Beck, 2008.
3. M. Naneș, *Modificări în sistemul de guvernare corporativă sub impactul privatizării*, Cercetare Științifică Servirea cadrelor didactice, 18 – 19 mai 2001, vol. 2, Editura Sylbi, București 2001
4. Mihaela Onofrei, "Management financiar" – suport de curs
5. Andrei Shleifer and Robert W. Vishny, "*The Journal of Finance*", Harvard Economical Departement, Ediția 1997
6. Sir Adrian Cadbury, "The Code of Best Practice", Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, Gee and Co Ltd, 1992
7. Haim Levy, "Principles of Corporate Finance", Hebrew University of Jerusalem, Editura South Western College Publishing, 1998

Bibliografie și site-uri online:

1. Rogene A. Buchholz- "Business Environment and Public Policy", Prentice Hall, 1992.
2. www.encycogov.com
3. <http://www.corpgov.net>

THE PART OF JURISPRUDENCE WITHIN THE ROMANIAN LEGAL SYSTEM*

Dan LUPAȘCU**
Mihai Adrian HOTCA***

Abstract

The part of jurisprudence within the Romanian legal system is unquestionable, but there is not a coherent conception either from the legislative point of view or from the institutional one that should shape precisely the position that the case law has in the context of the law sources. Examining the relevant regulations in the field, we've reached the conclusion that certain court orders constitute law sources because they have all the particularities of the regulations. On the other hand, we consider that the purpose of jurisprudence within the Romanian legal system should be more pronounced, at least with regard to the uniformisation of the legal practice.

Keywords: *jurisprudence, uniformisation of legal practice, recourse in the interest of law, law source, Constitutional Court, High Court of Cassation and Justice.*

Introduction

Starting from the unquestionable finding that in the Romanian system of the law, it takes place a reconsideration of the quality of law source of jurisprudence, both from the point of view of the legal bodies and from the political- institutional point of view, we have tried below to analyze the position of the case law within the system of the Romanian law.

From the point of view of the factors that make up the justice, the re- dimensioning of jurisprudence is based on the wish to increase the trust in the jurisdictional act of its beneficiaries, that is the justiciable parties, because it is found, partially justified, an acuter and acuter lack of trust in the persons that make justice in our country.

From a political- institutional point of view, also here, we have mainly in view the content of the official documents adopted for this purpose and we unanimously consider that it is necessary the increase of the population's trust in the act of justice.

The credibility of justice is based, among other things, also on the unity of the judicial practice because the justiciable party that knows that another citizen obtained a certain satisfaction in a case similar to his hopes in a justified manner that he will have the same success. Or, if at the end of the trial, although we're talking about a similar case that raises the same problems of law, the "consumer" of the act of justice loses the case, he can not understand the fact that the same law can have two or more senses, so, he will be disappointed and will transfer his disappointment to the persons he gets in contact with.

* This paper has been prepared within the research project „Standardization of Judicial Practice and Harmonization With the ECHR Jurisprudence, a Mandatory Condition to Enforce Justice. Legislative Proposal to Grant Aconsistent Judicial Practice” (ID-1094) financed by the Romanian Minister of Education, Research, Youth and Sports.

** Judge, Associate professor, Law Faculty, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: danlupascu@csm1909.ro).

*** Associate professor, Ph.D., Dean of the Law Faculty, „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: mihaihotca@gmail.com).

Literature review

Fl. Streteanu, Penal law. General part, vol. I, Rosetti Publishing House, Bucharest, 2003, p. 103; I. Deleanu, Constitutional justice, Bucharest, 1994, p. 421-422; Dieter Schlafen, Court of Appeal in Cologne, twinning resident adviser with Romanian Supreme Council of Magistrates – Bill for maintaining the unitary practice. Foundation (unpublished).

I. Is the jurisprudence a source of law in the system of Romanian law?

Of course, we have to say that the lack of unity of the judicial practice is not an exclusive problem of the justice in Romania, but the current dimension of this phenomenon in our country represents a serious reason of concern, fact which is pointed out in the documents of the European Commission¹ and in the resolutions of the European Court of Human Rights² including.

The non-unitary and contradictory judicial practice generates legal insecurity and deepens the lack of trust in justice. The frequency of the cases of non-unitary judicial practice determines also the degree of lack of trust in the judicial system of the justiciable parties, including of those that had satisfactions at a certain point.

This issue affects the entire judicial system and equally regards both the Romanian justiciable parties as well as the foreign ones that come in contact with the courts of law in our country. Moreover – as a well-known German magistrate³ has quite recently pointed out – „the observers that are not fully aware of the real causes of the problem pass on a widely met presumption that the courts in Romania aleatory change their jurisprudence as a result of the influence of the politic and corruption”.

„The normative inflation”⁴, the instability⁵ and the questionable quality of some laws, the great number of files on the docket⁶, the insufficient specialization of the magistrates or the incorrect understanding of the specialization⁷, the absence of some efficient means for the unitary interpretation and application of the law, but especially the present organization of the courts of

¹ See, for instance: Country reports, depending on the case, Intermediary report since 2003; June 2005; December 2005; March, May and September 2006; April and June 2007; July 2008 and February 2009.

² See, for instance: European Court of Human Rights, Third Section, Judgment on December 6th 2007, delivered in Beian Case versus Romania, published in Official Gazette, Part I, no. 616 on August 21st 2008; European Court of Human Rights, Third Section, Judgment on February 21st 2008, delivered in Driha Case versus Romania (unpublished); European Court of Human Rights, Third Section, Judgment on January 27th 2009, delivered in Ștefan and Ștef Case versus Romania (unpublished).

³ Judge dr. Dieter Schlafen, Court of Appeal in Cologne, twinning resident adviser with Romanian Supreme Council of Magistrates – Bill for maintaining the unitary practice. Foundation (unpublished)

⁴ From the records of the Legislative council, it results that on March 1st 2009, there were 18.634 basic regulations in force, to which it is added the modifying documents, as well as a series of international acts adopted before 22.12.1989 to which Romania became part.

⁵ There are more regulations that have undergone over 20-30 modifications within a short period of time. An example in this sense is the Code of penal procedure, that, after its last republication in 1996, has undergone 24 modifications. Some provisions of this code were ephemeral, being in force for just a day. See, in this sense: Law no. 356/2006 (published in the Official Gazette, Part I, no. 677 on 07.08.2006) and Government Emergency Ordinance no. 60/2006 (published in the Official Gazette, Part I, no. 764 on 07.09.2006).

⁶ For instance, in 2008, the Romanian courts of law (with a total diagram of 4.486 positions of judge, out of which about 4000 positions are filled in) had to settle 2.042.500 files, out of which 1.521.769 were settled.

⁷ In practice, these are courts where the number of specialized panel is higher than the number of judges. For instance: at Murgeni Court, it is 1 judge and 6 specialized panels; at Darabani Court, the two judges belong to 4 specialized panels; at Câmpeni Court, the 8 judges belong to 14 specialized panels; at Videle Court, there 5 judges and 11 specialized panels, etc.

law and the distribution of the competences⁸ represent a few of the potential causes of the non-unitary practice, the analysis of which it is not the object of the current study.

The Constitution of Romanian of 1991, revised in 2003, grants the court the supreme role of unifier of the judicial practice⁹ through art. 126 paragraph (3) that stipulates that: „The High Court of Cassation and Justice provides the unitary interpretation and application of the law by the other courts according to its competences”.

The above- rendered constitutional provision starts from the premise of the presumed constancy of the supreme court in the interpretation and application of the law which is called to regulate the jurisprudence contradictions at the lower levels. Such a conclusion is supported by the existence of a special procedure regarding the change of jurisprudence of the High Court of Cassation and Justice sections¹⁰.

Unfortunately, sometimes there are divergences between the High Court of Cassation and Justice sections regarding the same law problems¹¹ or even within the section¹², which, exceptionally, transform the highest judicial authority of the country into a „source of legal insecurity”¹³. It is a regrettable situation – isolated encountered even in other judicial systems¹⁴ – that overshadows the notable efforts of practice unification made by the supreme court¹⁵.

Isolated, it has been encountered also the situation that, without any relevant modification regarding the law issue in question at the legal level, the High Court of Cassation and Justice sections reconsidered its own jurisprudence as well as the cases in which one of the sections of the supreme court (for instance, in the matter of the abusively taken over real estates), simply ignored a decision in the interest of the law.

⁸ For instance, except for the court and the military tribunal, all the other courts try also recourses.

⁹ In the sense that the purpose of a supreme court is to regulate the jurisprudence contradictions, See: European Court of Human Rights, Great Chamber, Cause Zielinski and Pradal and Gonzales and others versus France, no. 24846/94 and 34165/96 on 37173/96, §59, 1999 – VII.

¹⁰ See: art. 25 lit. b) and art. 26 of Law no. 304/2004 regarding the juridical organization, republished in the Official Gazette, Part I, no. 827 on 13.09.2005, with further modifications and completions. As far as we know, during the last two decades, it was just a single case in which the Reunited Sections pronounced themselves on the change of jurisprudence. It is Judgment no. 1 on 28.09.1997 through which it was reconsidered the jurisprudence set through Judgment no. 1 on 2.02.1995 in the matter of the actions of real estate claims.

¹¹ For instance, with regard to the ratable and non- ratable character of money in some civil or commercial litigations, there were different views between the Civil and intellectual property section and the Commercial section. The existence of a spread non- unitary practice with regard to this issue determined the promotion of an appeal in the interest of law, settled through Decision no. 32 on 09.06.2008 of the High Court of Cassation and Justice – Reunited Sections, published in the Official Gazette, Part I, no. 830 on 10.12.2008.

¹² Such as, for instance: the decisions delivered in applying Law no. 309/2002 regarding the acknowledgement and granting of some rights to the persons that served in the army within the General Direction of Labor Service during 1950 – 1961, quoted in the Judgment of the European Court of Human Rights on 06.12.2007, delivered in Beian case versus Romania (quoted work); the decisions delivered in applying Law no. 138/1999 regarding the salary and other rights of the military personnel in the public institutions of national defense, public order and national security, as well as the granting of some salary rights to the civil personnel in these institutions, quoted in the Judgment of the European Court of Human Rights on 21.02.2008 delivered in Driha Case versus Romania (quoted work); the decisions delivered in applying Law no. 51/1995 for the organization and exercise of the profession of attorney delivered in Ștefan and Ștef Case versus Romania (quoted work).

¹³ See: Judgment of the European Court of Human Rights on 06.12.2007, delivered in Beian case versus Romania (quoted work).

¹⁴ With regard to the issues faced by the Tunisian Court of Cassation in the process of jurisprudence unification, See: M.L. Hachem – La fonction unificatrice de la Cour de cassation tunisienne, in „Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe”, Colloque de Beyrouth des 13 et 14 mai 1999, Bruylant, 2001.

¹⁵ For instance, during 2004 – 2009 the High Court of Cassation and Justice admitted 195 appeals in the interest of the law.

The Constitutional Court repeatedly revised also its own jurisprudence, one of the cases being that of the constitutionality art. 362 paragraph 1 lit. c) of Code of penal procedure. Considering Decision no. 100/2004¹⁶, through which the constitutional administrative court reconsidered its previous practice, it is pointed out: „the Constitutional Court understands to proceed to the revision of its practice in the matter. Reconsidering its previous jurisprudence, the Court finds unconstitutional the provision "in the trials in which the penal action is set in motion at the prior complain, but only with regard to its penal aspect" within art. 362 paragraph 1 lit. c) of Code of penal procedure, and the injured party is to be able to exercise the ordinary attack modality of the appeal no matter of the way the penal action is set in motion (ex officio or at the prior complain)”.

The guarantor of the unitary interpretation and application of the law on the territory of Romania is the High Court of Cassation and Justice. This does not exclude, in our opinion, the involvement also of other institutions within their own competences whether in order to prevent the cases of non- unitary practice or in order to initiate or support the process of edification of the jurisprudence divergences. We have in view, for instance: the other courts, the Public Ministry, the Ministry of Justice and Citizenship Freedoms, the National Institute of the Magistrates, the Supreme Council of Magistrates¹⁷ etc.

De lege lata, it is questioned the purpose that the judicial practice has from the perspective of the sources of law, that is, could this be considered a source different from the law? In judgment no. 981/2008, the Plenum of the Supreme Council of the Magistrates considers that: "Regarding the alignment of the supreme court to the solution of the European Court of Human Rights in Beian Case versus Romania (6.12.2007), case in which Romania was convicted for non- unitary practice at the level of the supreme court, it has to be taken into account the provisions of art. 124 paragraph (3) of the Constitution, the fact that **the judge is independent and is subject only to the law, not also to the judicial case** (s.n.), so that the motivation in the sense that the judge is "held" by the previous judgments in the field, is illegal and unfamiliar to the spirit of the Romanian system of law. In this sense, it is the problem of the state to find the most suitable instruments in order to avoid the solutions of non- unitary practice; the judgment of the European Court of Human Rights is not by itself a ground to give the solution in the sense of the previous ones”.

Constitutionally talking, the judicial case can not be acknowledged as having the power of a law, that is, source of law, except under certain situations stipulated by the basic law and other laws. We are talking about: decisions of the supreme court delivered in the matter of the appeals in the interest of the law, decisions of the Constitutional Court, certain judgments of the administrative courts and decisions of the European courts.

II. Presentation of the situations in which the court judgment is a source of law

With regard to the **decisions in the interest of the law** of the High Court of Cassation and Justice delivered by the Reunited Sections, the legislator stipulates their obligatory character. So,

¹⁶ Published in the Official Gazette no. 261 on 24.03.2004.

¹⁷ At the level of the High Council of Magistrates, it is the Commission of unification of the juridical practice that, during 2008, organized 8 meetings with the section chairmen from the High Court of Cassation and Justice and the courts of appeal, as well as the representatives of the Prosecution with the High Court of Cassation and Justice. On these occasions, it was discussed 299 controversial law issues (out of which: 56 in penal matter, 167 in civil matter, work and social security conflicts and 76 in commercial matter. In 21 cases, it was decided the intimation of the General prosecutor with the High Court of Cassation and Justice in order to evaluate the promotion of some appeals in the interest of the law).

according to art. 414² Code of penal procedure: „(1) The General prosecutor of Romania, directly, or the minister of justice through the General prosecutor, has the right to provide the unitary interpretation and application of the penal and penal procedure laws on the entire territory of the country, to ask the High Court of Cassation and Justice to give its verdict in matters of law that received a different settlement from the appeal courts. (2) The decisions through which the intimations are settled are delivered by the Reunited Sections and are communicated to the courts of the Ministry of Justice. (3) The solutions are delivered only in the interest of the law; they have no effects on the examined court judgments or on the situation of the parties in those trials.

There are similar provisions also in civil matters¹⁸.

As for these legal provisions, we consider that it would be illogic that the judgments delivered in the matter of the appeals in the interest of the law should not have an obligatory character because, otherwise, it would be a useless judicial activity and would remain a simple opinion of the magistrates.

The **Judgments of the European Court of Human Rights** also have the quality of source of law, because, according to art. 20 paragraph (1) of the Constitution, the constitutional provisions regarding the rights and freedoms of the citizens will be interpreted and applied according to the Universal declaration of human rights with the pacts and other treaties to which Romania took part. According to paragraph (2) of the same article, if there is a lack of concordance between the pacts and treaties regarding the fundamental human rights to which Romania is a party, and the internal laws, the international regulations have priority, except for the case when the norms of the internal law are more favorable. On the other hand, according to the provisions of art. 11 of the Constitution, the international treaties to which Romania is a party represent an internal law.

Regarding the judicial value of the **decisions of the Constitutional Court**, we consider that these also can qualify as sources of law. Based on art. 146 lit. d) of the Constitution, the Constitutional Court has, among other attributions, the competence to decide on the exceptions raised before the courts of law and the courts of commercial arbitration or directly before the Advocate of the People regarding the unconstitutionality of the laws and ordinances of the Government. A similar provision, but more elaborated, is also within Law no. 47/1992 of the Constitutional Court. According to art. 29 of Law no. 47/1992, the Constitutional Court decides on the exceptions raised before the courts of law or the courts of commercial arbitration regarding the unconstitutionality of a law or ordinance or provision of a law or ordinance in force that is connected to the settlement of a case in any stage of the litigation and irrespective of its object. The exception can be raised upon request of any of the parties or, ex officio, by the court of law or by the court of commercial arbitration. The exception can be raised by the prosecutor before the court of law in the case to which it takes part.

What is the effect of such a decision in practice? The decisions through which it is found the unconstitutionality of a juridical norm produce *erga omnes* juridical effects. The character of source of law is more visible in case the constitutional control court reconsiders its practice, case

¹⁸ According to art. 329 Code of civil Procedure: „(1) The general prosecutor of the Prosecution with the High Court of Cassation and Justice, ex officio or upon the request of the ministry of justice, as well as management of the courts of appeal have the right to ask the High Court of Cassation and Justice to pronounce itself on matters of law that were differently settled by the courts of law in order to provide the unitary interpretation and application of the law on the territory of Romania.

(2) The decisions through which the intimations are settled are delivered by the Reunited Sections of the High Court of Cassation and Justice and are published in the Official Gazette of Romania, Part I.

(3) The solutions are delivered only in the interest of the law, have no effect on the examined court judgments or on the situation of the parties in the trials. The settlement given to the judged law matters is obligatory for the courts”.

that at least once was lawfully created, because the juridical norm the constitutionality of which was found (either initially or later on, depending on the case) can not have different meanings, even if its interpretation is made at different moments (at least in the cases when the regulations remained unchanged)¹⁹.

Also, in case the norm declared unconstitutional has already been applied in practice (in a sense contrary to the Constitution), due to the fact that the decisions of the Constitutional Court are obligatory for any subject, it means that the jurisprudence of the constitutionality control court is lawfully created because the norm declared unconstitutional can no longer be applied in the future. In the case of reconsideration of the jurisprudence of the Court, the situation is the same – *mutatis mutandis* – to the one when the legislator, after having adopted a law, further modifies and passes it.

On the other hand, the decisions of the Constitutional Court through which the penal norms are declared unconstitutional, are basically limiting to finding their unconformity to the fundamental law. The Constitutional Court can not substitute the legislator in the sense of incriminating certain deeds or of covering the gaps of a penal law²⁰. What the Constitutional Court has the faculty to do is to declare a law that disincriminates certain deeds as unconstitutional because it disregards the principles of law²¹.

Another argument in supporting thesis that the decisions of the Constitutional Court cannot represent a source of law is art. 6 paragraph (2) of the new Penal code according to which the *mitior lex* rule is applied also to the law declared unconstitutional as well as to other regulations approved by the Parliament with modifications or completions or not approved if, during the time they were in force, they contained more favorable penal provisions.

In doctrine, there are more types of decisions of the Constitutional Court, out of which we mention the **interpretative** and **manipulative ones**²². The interpretative decisions find the unconstitutionality of a norm by restraining or extending its application²³. The manipulative decisions are the ones through which the object of the juridical protection is reformulated²⁴. The latter are regarded with reservations by the authors because they might enter the domain of the legislator²⁵.

Finally, **the court judgments of the administrative courts**, through which the regulations with juridical force inferior to the Government laws and ordinances are cancelled (such as the Government resolutions, ministers' orders etc.) also have the quality of source of law because they are the equivalent of the juridical force of the abrogation regulations.

¹⁹ For instance, as above- shown, through Decision no. 100/2004, The Constitutional Court reconsidered its practice.

²⁰ States the Constitution of which precisely stipulates the obligatory character of the incrimination of some deeds considered dangerous. For instance, the Italian Constitution (art. 13).

²¹ See *Fl. Streteanu*, Penal law. General part, vol. I, Ed. Rosetti, Bucharest Rosetti Publishing House, Bucharest, 2003, p. 103.

²² See *I. Deleanu*, Constitutional justice, Bucharest, 1994, p. 421-422.

²³ Through Decision no. 2/1996, it was decided that „the provisions of art. 5 of Law no. 81/1993 are constitutional only to the extent to which, through price set by the Ministry of Waters, Forests and Environmental Protection, it is understood the average price of a cube meter of wood mass when finding the deed, calculated based on the negotiated prices within the law stipulated in the deed of setting the average price”.

²⁴ In this manner, it was stated through Decision no. 24/1994, considering that „the provisions of art. 229 of Penal code are partially abrogated according to art. 150 paragraph (1) of the Constitution and, consequently, these are to be applied only with regard to the assets stipulated by art. 135 paragraph (4) of the Constitution, assets that form the exclusive object of the public property”.

²⁵ See *Fl. Streteanu*, quoted work, p. 104.

III. Conclusions

Examining the provisions of the Constitution, we find no obstacle in acknowledging, in certain cases, the law case as source of law. On the contrary, the Constitution contains norms that explicitly acknowledge the obligatory character of some court judgments. So, according to art. 147 of the fundamental law: „The provisions of the laws and ordinances in force, as well as the ones of the regulations found as unconstitutional cease their juridical effect after 45 days since the publication of the judgment of the Constitutional Court, if, within this term, the Parliament or the Government, depending on the case, do not reconcile the unconstitutional provisions with the provisions of the Constitution. During this term, the provisions found as unconstitutional are lawfully suspended.

In the cases of unconstitutionality that regard the law, before their promulgation, the Parliament is bound to reexamine those provisions in order to reconcile them with the decision of the Constitutional Court. In case the constitutionality of the treaty or agreement was found according to article 146 letter b), this can not be the object of an unconstitutionality exception. The international treaty or agreement found as unconstitutional can not be ratified.

The decisions of the Constitutional Court are published in the Official Gazette of Romania. Since the publication date, the decisions are generally obligatory and have power only for the future”.

The general and obligatory character of some types of court judgments results from laws adopted by the Parliament²⁶. For instance, from the interpretation of art. 26 of Law no. 304/2004 regarding the judicial organization, according to which „If a High Court of Cassation and Justice section finds that it is necessary to reconsider its own jurisprudence, it interrupts the trial and informs the Reunited Sections of the High Court of Cassation and Justice that judge with the subpoena of the parties in the file that was interrupted. After the Reunited Sections reconsidered on the intimation regarding the change of the jurisprudence, the trial continues”.

In favor of admitting the greater part of jurisprudence in the Romanian law, there are also other arguments. First, it can not be accepted, without serious reservations that regard the **trust in the act of justice**, the existence of a **non- uniform jurisprudence** of the courts of law, especially in the cases where the difference of solutions between the (constant) jurisprudence of the High Court of Cassation and Justice and the jurisprudence of the other courts or even within the sections of the same courts. Secondly, in most case, the **legislator can not anticipate** the evolution of the social relations; mostly, it interferes, *post factum*.

In other words, the following arguments can not be denied: the special juridical value of some court judgments; the necessity of the jurisprudence stability (in the absence of which it is lost the trust in the act of justice); the orientation (necessity of orientation, in fact) of justice in unitary settling the following cases.

²⁶ The same is justified also the right of some local authorities to adopt certain regulations. It regards, for instance, local councils.

ROLUL JURISPRUDENȚEI ÎN CADRUL SISTEMULUI JUDICIAR ROMÂN*

Dan LUPAȘCU**
Mihai Adrian HOTCA***

Abstract

Rolul jurisprudenței în cadrul în sistemul judiciar român este de necontestat, dar nu există o concepție încheiată, nici din punct de vedere legislativ, nici din punct de vedere instituțional, care să contureze întocmai poziția pe care o are precedentul judiciar în contextul izvoarelor dreptului. Examinând actele normative relevante în materie, am ajuns la concluzia că anumite hotărâri judecătorești constituie izvoare de drept, deoarece au toate particularitățile actelor normative. Pe de altă parte, considerăm că rolul jurisprudenței în cadrul sistemului judiciar român ar trebui să fie mai pronunțat, cel puțin în ceea ce privește uniformizarea practicii judiciare.

Cuvinte cheie: *jurisprudență, uniformizarea practicii judiciare, recurs în interesul legii, izvor de drept, hotărâre judecătorească, Curtea Constituțională, Înalta Curte de Casație și Justiție.*

Introducere

Pornind de la constatarea de netăgăduit că în sistemul dreptului românesc are loc o reconsiderare a calității de izvor de drept a jurisprudenței, atât din perspectiva organelor judiciare, cât și din punct de vedere politico-instituțional, în rândurile de mai jos am încercat să analizăm poziția precedentului judiciar în cadrul sistemului dreptului românesc.

Din punctul de vedere al factorilor care înfăptuiesc justiția, redimensionarea jurisprudenței are ca justificare dorința acestora de a crește încrederea, în actul jurisdicțional, a beneficiarilor acestuia, și anume a justițiabililor, deoarece se constată, în mod parțial justificat, o lipsă din ce în ce mai acută de încredere în persoanele care realizează justiția în țara noastră.

Din perspectivă politico-instituțională, și aici avem în vedere în principal conținutul documentelor oficiale adoptate în acest, se apreciază la unison că este necesară creșterea încrederii populației în actul de justiție.

Credibilitatea justiției se bazează, printre altele, și pe unitatea practicii judiciare, întrucât justițiabilul care știe că un alt cetățean a obținut o anumită satisfacție într-un caz similar cu al său speră în mod justificat că va avea același succes. Or, dacă la finalul procesului, deși este vorba despre o speță asemănătoare, care ridică aceleași probleme de drept, „consumatorul” actului de justiție pierde procesul, el nu poate înțelege faptul că aceeași lege poate avea două sau mai multe sensuri, astfel că va fi dezamăgit și va transmite dezamăgirea sa persoanelor cu care el intră în contact.

* Studiul a fost elaborat în cadrul proiectului de cercetare “Uniformizarea practicii judiciare și armonizarea cu jurisprudența CEDO, imperativ al înfăptuirii justiției. Propuneri legislative privind asigurarea unei practici judiciare unitare(contract 860/19.01.2009, cod CNCISIS ID-1094) finanțat de Ministerul Educației, Cercetării, Tineretului și Sportului.

** Judecător, conferențiar universitar doctor, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București (e-mail: danlupascu@csml909.ro).

*** Conferențiar universitar doctor, Decan al Facultății de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București (e-mail: mihaihotca@gmail.com).

Literatura de specialitate

Fl. Streteanu, *Drept penal. Partea generală*, vol. I, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 103; I. Deleanu, *Justiția constituțională*, București, 1994, p. 421-422; Dieter Schlafen, *Curtea de Apel din Köln, consilier rezident de twinning la Consiliul Superior al Magistraturii din România – Proiect de lege pentru menținerea practicii unitare. Fundamentare* (nepublicat).

I. Este jurisprudența izvor de drept în sistemul de drept român?

Sigur, trebuie să spunem că lipsa de unitate a practicii judiciare nu este o problemă exclusivă a justiției din România, însă dimensiunea actuală a acestui fenomen în țara noastră constituie temei serios de îngrijorare, fapt semnalat inclusiv în documentele Comisiei Europene¹ și în hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului².

Practica judiciară neunitară și contradictorie generează insecuritate juridică și adâncește neîncrederea în justiție. Frecvența cu care este întâlnită practica judiciară neunitară determină și gradul de neîncredere în sistemul judiciar al justițiabililor, inclusiv a celor care la un moment dat au obținut satisfacție.

Această chestiune afectează întregul sistem judiciar și îi privește, în egală măsură, atât pe justițiabilii români, cât și pe cei străini, care vin în contact cu instanțele judecătorești din țara noastră. Mai mult – după cum sublinia relativ recent un reputat magistrat german³ – „pentru observatorii care nu sunt pe deplin conștienți de cauzele reale ale problemei, alimentează o prezumție larg răspândită că instanțele din România își schimbă jurisprudența în mod aleatoriu, rezultat al influenței politicului sau al corupției”.

„Inflația normativă”⁴, instabilitatea⁵ și calitatea discutabilă a unor legi, numărul mare de dosare aflate pe rol⁶, insuficienta specializare a unor magistrați sau înțelegerea greșită a specializării⁷, absența unor mijloace eficiente pentru interpretarea și aplicarea unitară a legii, dar

¹ A se vedea, de exemplu: Rapoartele de țară sau, după caz, Rapoartele intermediare din 2003; iunie 2005; decembrie 2005; martie, mai și septembrie 2006; aprilie și iunie 2007; iulie 2008 și februarie 2009.

² A se vedea, de exemplu: Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Secția a treia, Hotărârea din 6 decembrie 2007, pronunțată în Cauza Beian împotriva României, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 616 din 21 august 2008; Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Secția a treia, Hotărârea din 21 februarie 2008, pronunțată în Cauza Driha împotriva României (nepublicată); Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Secția a treia, Hotărârea din 27 ianuarie 2009, pronunțată în Cauza Ștefan și Ștef împotriva României (nepublicată).

³ Judecător dr. Dieter Schlafen, Curtea de Apel din Köln, consilier rezident de twinning la Consiliul Superior al Magistraturii din România – Proiect de lege pentru menținerea practicii unitare. Fundamentare (nepublicat)

⁴ Din evidențele Consiliului Legislativ rezultă că la 1 martie 2009 erau în vigoare 18.634 acte normative de bază, la care se adaugă actele modificatoare, precum și o serie de acte internaționale la care România a devenit parte, adoptate anterior datei de 22 decembrie 1989.

⁵ Sunt multe acte normative care au suferit peste 20-30 de modificări într-un interval scurt de timp. Cu titlu exemplificativ menționăm Codul de procedură penală, care, după ultima republicare din 1996, a suferit 24 de modificări. Unele dispoziții ale acestui cod au fost efemere, fiind în vigoare doar o zi. A se vedea, în acest sens: Legea nr. 356/2006 (publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 677 din 7 august 2006) și Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 60/2006 (publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 764 din 7 septembrie 2006).

⁶ De pildă, în anul 2008 instanțele române (cu o schemă totală de 4.486 posturi de judecători, din care sunt ocupate cca. 4000 posturi) au avut de soluționat 2.042.500 dosare, din care au soluționat 1.521.769.

⁷ În practică sunt instanțe la care numărul de complete specializate este mai mare decât numărul de judecători. De exemplu: la Judecătoria Murgeni funcționează 1 judecător și 6 complete specializate; la Judecătoria Darabani cei doi judecători fac parte din 4 complete specializate; la Judecătoria Câmpeni cei 8 judecători fac parte din 14 complete specializate; la Judecătoria Videle funcționează 5 judecători și 11 complete specializate, etc.

mai cu seamă organizarea actuală a instanțelor judecătorești și distribuirea competențelor⁸ constituie câteva dintre posibilele cauze ale practicii neunitare, a căror analiză nu face obiectul studiului de față.

Constituția României din 1991, revizuită în 2003, conferă instanței supreme rolul de unificator al practicii judiciare⁹ prin art. 126 alin. (3), care prevede că: „Înalta Curte de Casație și Justiție asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești, potrivit competenței sale”.

Dispoziția constituțională reprodusă mai sus are ca premisă prezumata statornicie a instanței supreme în interpretarea și aplicarea legii, aceasta fiind chemată să regleze contradicțiile de jurisprudență la nivelul instanțelor inferioare. O atare concluzie este întărită de existența unei proceduri speciale privind schimbarea jurisprudenței secțiilor Înaltei Curți de Casație și Justiție¹⁰.

Din păcate, uneori există divergențe între secțiile Înaltei Curți de Casație și Justiție asupra aceleași probleme de drept¹¹ sau chiar în cadrul aceleași secții¹², ceea ce, în mod excepțional, transformă cea mai înaltă autoritate judiciară a țării într-o „sursă de insecuritate juridică”¹³. Este o situație regretabilă – întâlnită izolat și în alte sisteme judiciare¹⁴ – care pune în umbră eforturile notabile de unificare a practicii întreprinse de instanța supremă¹⁵.

Izolată, a fost întâlnită și situația în care, fără ca pe plan legislativ să intervină vreo modificare cu relevanță asupra problemei de drept în discuție, Secțiile Unite ale Înaltei Curți de Casație și Justiție au revenit asupra propriei jurisprudențe, precum și cazuri în care una dintre secțiile instanței supreme (de pildă, în materia imobilelor preluate abuziv), a ignorat pur și simplu o decizie în interesul legii.

De asemenea, Curtea Constituțională și-a revizuit propria jurisprudență, în mai multe rânduri, unul dintre cazuri fiind acela al constituționalității art. 362 alin. 1 lit. c) din Codul de

⁸ De exemplu, cu excepția judecătoriei și tribunalului militar toate celelalte instanțe judecă și recursuri.

⁹ În sensul că rolul unei instanțe supreme este să regleze contradicțiile de jurisprudență, a se vedea: Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Marea Cameră, Cauza Zielinski și Pradal și Gonzales și alții împotriva Franței, nr. 24846/94 și 34165/96 la 37173/96, §59, 1999 – VII.

¹⁰ A se vedea: art. 25 lit. b) și art. 26 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, republicată, în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 827 din 13 septembrie 2005, cu modificările și completările ulterioare. După știința noastră, în ultimele două decenii s-a înregistrat un singur caz în care Secțiile Unite s-au pronunțat asupra schimbării jurisprudenței. Este vorba de Hotărârea nr. 1 din 28 septembrie 1997 prin care s-a revenit asupra jurisprudenței stabilite prin Hotărârea nr. 1 din 2 februarie 1995 în materia acțiunilor în revendicare imobiliară.

¹¹ De pildă, în ce privește caracterul evaluabil sau neevaluabil în bani al unor litigii civile sau comerciale au existat vederi diferite între Secția civilă și de proprietate intelectuală și Secția comercială. Existența unei practici neunitare răspândite cu privire la această problemă a determinat promovarea unui recurs în interesul legii, soluționat prin Decizia nr. 32 din 9 iunie 2008 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – Secțiile Unite, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 830 din 10 decembrie 2008.

¹² Cum ar fi, de exemplu: deciziile pronunțate în aplicarea Legii nr. 309/2002 privind recunoașterea și acordarea unor drepturi persoanelor care au efectuat stagiul militar în cadrul Direcției Generale a Serviciului Muncii în perioada 1950 – 1961, citate în Hotărârea CEDO din 6 decembrie 2007, pronunțată în Cauza Beian împotriva României (op. cit.); deciziile pronunțate în aplicarea Legii nr. 138/1999 privind salarizarea și alte drepturi ale personalului militar din instituțiile publice de apărare națională, ordine publică și siguranță națională, precum și acordarea unor drepturi salariale personalului civil din aceste instituții, citate în Hotărârea CEDO din 21 februarie 2008, pronunțată în Cauza Driha contra României (op. cit.); deciziile pronunțate în aplicarea Legii nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, pronunțate în Cauza Ștefan și Ștef împotriva României (op. cit.).

¹³ A se vedea: Hotărârea CEDO din 6 decembrie 2007, pronunțată în Cauza Beian împotriva României (op. cit.).

¹⁴ Cu privire la problemele întâmpinate de Curtea de Casație Tunisiană în procesul de unificare a jurisprudenței, a se vedea: M.L. Hachem – La fonction unificatrice de la Cour de cassation tunisienne, în „Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe”, Colloque de Beyrouth des 13 et 14 mai 1999, Bruylant, 2001.

¹⁵ De exemplu, în perioada 2004 – 2009 Înalta Curte de Casație și Justiție a admis 195 de recursuri în interesul legii.

procedură penală. În considerentele Deciziei nr. 100/2004¹⁶, prin care instanța de contencios constituțional a revenit asupra practicii sale anterioare, se arată: „Curtea Constituțională înțelege să procedeze la revizuirea practicii sale în materie. Revenind asupra jurisprudenței anterioare, Curtea constată ca fiind neconstituțională dispoziția "în cauzele în care acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă, dar numai în ce privește latura penală" din cuprinsul art. 362 alin. 1 lit. c) din Codul de procedură penală, urmând ca persoana vătămată să poată exercita calea de atac ordinară a apelului indiferent de modul în care se pune în mișcare acțiunea penală (din oficiu sau la plângere prealabilă)”.

Garantul interpretării și aplicării unitare a legii pe întreg teritoriul României este Înalta Curte de Casație și Justiție. Aceasta nu exclude, în opinia noastră, implicarea și a altor instituții, în limitele competențelor proprii, fie pentru a preveni apariția practicii neunitare, fie de a iniția sau sprijini procesul de lămurire a divergențelor de jurisprudență. Avem în vedere, de exemplu: celelalte instanțe judecătorești, Ministerul Public, Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești, Institutul Național al Magistraturii, Consiliul Superior al Magistraturii¹⁷ etc.

De lege lata, se pune problema ce rol are practica judiciară pe planul izvoarelor dreptului, adică poate fi considerată aceasta izvor distinct de drept? În hotărârea nr. 981/2008, Plenul Consiliului Superior al Magistraturii considera că: "În ceea ce privește alinierea instanței supreme la soluția Curții Europene a Drepturilor Omului în cauza Beian împotriva României (6.12.2007), cauză în care România a fost condamnată pentru practică neunitară la nivelul instanței supreme, trebuie avute în vedere dispozițiile art. 124 alin. (3) din Constituție, respectiv faptul că **judecătorul este independent și se supune numai legii, nu și precedentului judiciar** (s.n.), astfel încât motivarea, în sensul că judecătorul este "ținut" de hotărârile anterioare în materie, este nelegală și străină spiritului sistemului român de drept. În acest sens, este problema statului de a găsi instrumentele cele mai potrivite pentru a evita soluțiile de practică neunitară, hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului neconstituind prin ea însăși un temei pentru a pronunța soluția în sensul celor anterioare”.

Constituțional vorbind, precedentul judiciar nu poate fi recunoscut ca având putere de lege, adică de izvor de drept, decât în mod excepțional, în situațiile anume prevăzute de legea fundamentală și alte legi. Este vorba despre: deciziile instanței supreme, pronunțate în materia recursurilor în interesul legii, deciziile Curții Constituționale, anumite hotărâri ale instanțelor de contencios administrativ și deciziile instanțelor europene.

II. Prezentarea situațiilor în care hotărârea judecătorească este izvor de drept

În ceea ce privește **deciziile în interesul legii** ale Înaltei Curți de Casație și Justiție, pronunțate de Secțiunile Unite, legiuitorul prevede caracterul obligatoriu al acestora. Astfel, conform art. 414² C. proc. pen.: „(1) Procurorul general al României, direct, sau ministrul justiției, prin intermediul Procurorului general, are dreptul, pentru a asigura interpretarea și aplicarea unitară a legilor penale și de procedură penală pe întreg teritoriul țării, să ceară Înaltei Curți de Casație și

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 261 din 24 martie 2004.

¹⁷ La nivelul Consiliului Superior al Magistraturii funcționează Comisia de unificare a practicii judiciare, care, în cursul anului 2008, a organizat 8 întâlniri cu președinții de secție de la Înalta Curte de Casație și Justiție și curțile de apel, precum și reprezentanții Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție. În cadrul acestora au fost discutate 299 de probleme de drept controversate (din care: 56 în materie penală, 167 în materie civilă, conflicte de muncă și asigurări sociale și 76 în materie comercială. În 21 de cazuri s-a decis sesizarea Procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție pentru a aprecia asupra promovării unor recursuri în interesul legii).

Justiție să se pronunțe asupra chestiunilor de drept care au primit o soluționare diferită din partea instanțelor de recurs. (2) Deciziile prin care se soluționează sesizările se pronunță de Secțiunile Unite și se aduc la cunoștință instanțelor de Ministerul Justiției. (3) Soluțiile se pronunță numai în interesul legii, nu au efect asupra hotărârilor judecătorești examinate și nici cu privire la situația părților din acele procese”.

Prevederi asemănătoare există și în materie civilă¹⁸.

Față de aceste prevederi legale, considerăm că ar fi illogic ca hotărârile pronunțate în materia recursurilor în interesul legii să nu aibă caracter obligatoriu, deoarece altfel ar fi o activitate judiciară inutilă, ar rămâne o simplă părere a unor magistrați.

Hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului au și ele calitatea de izvor de drept, deoarece potrivit art. 20 alin. (1) din Constituție, dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația universală a drepturilor omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte. Iar conform alin. (2) al aceluiași articol, dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care normele dreptului intern sunt mai favorabile. Pe de altă parte, în conformitate cu dispozițiile art. 11 din Constituție, tratatele internaționale la care România este parte constituie drept intern.

Referitor la valoarea juridică a **deciziilor Curții Constituționale**, considerăm că și acestea pot fi calificate ca fiind izvoare de drept. În temeiul art. 146 lit. d) din Constituție, Curtea Constituțională are, printre alte atribuții, competența de a hotărî asupra excepțiilor ridicate în fața instanțelor judecătorești ori de arbitraj comercial sau direct de către Avocatul Poporului privind neconstituționalitatea legilor și a ordonanțelor Guvernului. O prevedere similară, dar mai dezvoltată, se regăsește și în cuprinsul Legii nr. 47/1992 a Curții Constituționale. Conform art. 29 din Legea nr. 47/1992, Curtea Constituțională decide asupra excepțiilor ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial privind neconstituționalitatea unei legi sau ordonanțe ori a unei dispoziții dintr-o lege sau dintr-o ordonanță în vigoare, care are legătură cu soluționarea cauzei în orice fază a litigiului și oricare ar fi obiectul acestuia. Excepția poate fi ridicată la cererea uneia dintre părți sau, din oficiu, de către instanța de judecată ori de arbitraj comercial. Excepția poate fi ridicată de procuror în fața instanței de judecată, în cauzele la care participă.

Ce efect are o asemenea decizie în practică? Deciziile prin care se constată neconstituționalitatea unei norme juridice produc efecte juridice *erga omnes*. Caracterul de izvor de drept este mai vizibil în cazul în care instanța de control constituțional revine asupra practicii sale, caz în care cel puțin o dată s-a creat drept, deoarece norma juridică a cărei constituționalitate a fost constatată (fie inițial, fie ulterior, după caz) nu poate avea înțelesuri diferite, chiar dacă interpretarea sa este făcută la momente diferite (cel puțin în cazurile în care reglementările au rămas neschimbate)¹⁹.

¹⁸ Potrivit art. 329 C. proc. civ.: „(1) Procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, din oficiu sau la cererea ministrului justiției, precum și colegiile de conducere ale curților de apel au dreptul, pentru a se asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii pe întreg teritoriul României, să ceară Înaltei Curți de Casație și Justiție să se pronunțe asupra chestiunilor de drept care au fost soluționate diferit de instanțele judecătorești.

(2) Deciziile prin care se soluționează sesizările se pronunță de Secțiunile Unite ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I.

(3) Soluțiile se pronunță numai în interesul legii, nu au efect asupra hotărârilor judecătorești examinate și nici cu privire la situația părților din acele procese. Dezlegarea dată problemelor de drept judecate este obligatorie pentru instanțe”.

¹⁹ De pildă, așa cum am văzut mai sus, prin Decizia nr. 100/2004, Curtea Constituțională a revenit asupra practicii sale.

De asemenea, în ipoteza în care norma declarată neconstituțională a fost aplicată deja în practică (într-un sens contrar Constituției), deciziile Curții Constituționale fiind obligatorii pentru orice subiect înseamnă că jurisprudența instanței de control al constituționalității a creat drept, pentru că norma declarată neconstituțională nu mai poate fi aplicată pentru viitor. În cazurile de revenire asupra jurisprudenței Curții situația este echivalentă – *mutatis mutandis* – cu cea în care legiuitorul, după ce a adoptat o lege, ulterior o modifică sau o abrogă.

Pe de altă parte, deciziile Curții Constituționale prin care sunt declarate neconstituționale norme penale, practic, se limitează exclusiv la a constata neconformitatea lor cu legea fundamentală. Curtea Constituțională nu se poate substitui legiuitorului, în sensul de a incrimina anumite fapte sau de a acoperi lacunele unei legi penale²⁰. Ceea ce Curtea Constituțională are facultatea să facă este să declare ca fiind neconstituțională o lege care dezincriminează anumite fapte prin nesocotirea principiilor dreptului²¹.

Un alt argument în sprijinul tezei că deciziile Curții Constituționale pot reprezenta izvor de drept îl constituie art. 6 alin. (2) din noul Cod penal, conform căruia regula *mitior lex* se aplică și legii declarate neconstituționale, precum și altor acte normative, aprobate de Parlament cu modificări sau completări ori neaprobrate, dacă pe timpul cât acestea s-au aflat în vigoare au cuprins dispoziții penale mai favorabile.

În doctrină sunt identificate mai multe tipuri de decizii ale Curții Constituționale, dintre care le reținem pe cele **interpretative** și pe cele **manipulative**²². Deciziile interpretative constată neconstituționalitatea unei norme prin restrângerea sau extinderea aplicării acesteia²³. Deciziile manipulative sunt cele prin care se reformulează obiectul protecției juridice²⁴. Aceste din urmă decizii sunt privite cu rezerve de autori, pe considerentul că s-ar trece în domeniul legiuitorului²⁵.

În fine, și **hotărârile judecătorești ale instanțelor de contencios administrativ**, prin care sunt anulate acte normative cu forță juridică inferioară legilor și ordonanțelor Guvernului (cum ar fi hotărârile de Guvern, ordinele miniștrilor etc.) au calitatea de izvoare de drept pentru că echivalează cu forța juridică a actelor normative de abrogare.

III. Concluzii

Examinând prevederile Constituției, nu constatăm nici o piedică în recunoașterea, în anumite cazuri, a precedentului judiciar ca izvor de drept, dimpotrivă, Constituția cuprinde norme care recunosc explicit caracterul obligatoriu al unor specii de hotărâri judecătorești. Astfel, potrivit art. 147 din legea fundamentală: „Dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare, precum și cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituționale, își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul,

²⁰ Sunt state ale căror Constituții prevăd expres obligativitatea incriminării unor fapte considerate periculoase. De pildă, Constituția italiană (art. 13).

²¹ A se vedea *Fl. Streteanu*, *Drept penal. Partea generală*, vol. I, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 103.

²² A se vedea *I. Deleanu*, *Juстиția constituțională*, București, 1994, p. 421-422.

²³ Prin Decizia nr. 2/1996 s-a hotărât că „prevederile art. 5 din Legea nr. 81/1993 sunt constituționale, numai în măsura în care prin preț stabilit de Ministerul Apelor, Pădurilor și Protecției Mediului se înțelege prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, la data constatării faptei, calculat pe baza prețurilor negociate, în condițiile legii, precizate în actul de stabilire a prețului mediu”.

²⁴ În această manieră s-a statuat prin Decizia nr. 24/1994, considerându-se că „dispozițiile art. 229 din Codul penal sunt parțial abrogate potrivit art. 150 alin. (1) din Constituție și, în consecință, acestea urmează a se aplica numai cu privire la bunurile prevăzute de art. 135 alin. (4) din Constituție, bunuri ce formează obiectul exclusiv al proprietății publice”.

²⁵ A se vedea *Fl. Streteanu, op. cit.*, p. 104.

după caz, nu pun de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept.

În cazurile de neconstituționalitate care privesc legile, înainte de promulgarea acestora, Parlamentul este obligat să reexamineze dispozițiile respective pentru punerea lor de acord cu decizia Curții Constituționale. În cazul în care constituționalitatea tratatului sau acordului internațional a fost constatată potrivit articolului 146 litera b), acesta nu poate face obiectul unei excepții de neconstituționalitate. Tratatul sau acordul internațional constat ca fiind neconstituțional nu poate fi ratificat.

Deciziile Curții Constituționale se publică în Monitorul Oficial al României. De la data publicării, deciziile sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor²⁶.

Caracterul general și obligatoriu al unor specii de hotărâri judecătorești rezultă din legi adoptate de Parlament²⁶. De pildă, din interpretarea art. 26 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, potrivit căruia „Dacă o secție a Înaltei Curți de Casație și Justiție consideră că este necesar să revină asupra propriei jurisprudențe, întrerupe judecata și sesizează Secțiunile Unite ale Înaltei Curți de Casație și Justiție, care judecă cu citarea părților din dosarul a cărui judecată a fost întreruptă. După ce Secțiunile Unite s-au pronunțat asupra sesizării privind schimbarea jurisprudenței, judecata continuă”.

În favoarea recunoașterii unui rol mai important, al jurisprudenței în dreptul românesc, pledează și alte argumente. În primul rând, nu poate fi acceptată, fără serioase rezerve care privesc **încrederea în actul de justiție**, existența unei **jurisprudențe neuniforme** a instanțelor judecătorești, mai ales în cazurile în care diferențele de soluții există între jurisprudența (constantă) a Înaltei Curți de Casație și Justiție și jurisprudența celorlalte instanțe sau chiar în cadrul secțiilor aceleiași instanțe. În al doilea rând, **legiuitorul nu poate anticipa**, în multe cazuri, evoluția relațiilor sociale, el intervenind, de cele mai multe ori, *post factum*.

Într-o altă ordine de idei, nu pot fi negate următoarele argumente: valoarea juridică deosebită a unor hotărâri judecătorești; necesitatea stabilității jurisprudenței (în lipsa căreia se pierde încrederea în actul de justiție); orientarea (necesitatea orientării, de fapt) justiției în a soluționa unitar spețele asemănătoare.

²⁶ La fel se justifică și dreptul unor autorități locale de a adopta anumite acte normative. Este vorba, de pildă, de consiliile locale.

PRINCIPLE OF EQUALITY IN INTERNATIONAL LAW: THE RIGHT TO EQUALITY

Elena ANDREEVSKA*
Etem AZIRI**

Abstract

Equality is not substantive norm of international law in the same sense as, for example, jurisdiction, or recognition, or the use of force. But it is concept that is much invoked, by judges, advocates, and scholars alike. Equality and the principle of non-discrimination are central to the enjoyment of human rights and freedoms. The article outlines the fundamental principles of the international law of equality and non-discrimination and their place in human rights law. It also examines the application of these principles to selected contemporary circumstances.

Keywords: *international law, principle of equality, dignity of human person, principles of non-discrimination*

1. Introduction

The traditional perception of the concept of equality in international law is rooted in Aristotelian thought, in which equality is defined as the corrective of the law.¹ Aristotle felt that the lawgiver could draft laws in general terms only, and that consequently laws could not attain their intended purpose in every case. Accordingly, in special cases the law needs to be tempered by equality in order to achieve a just result – a result the lawgiver would presumably have sought if he had foreseen the exceptional case. The Aristotelian concept of equality as the corrective of law made an early appearance in public international law.²

The right to equality and non-discrimination was not easily accepted by the international community. During the 1919 Paris Conference, held in the aftermath of the First World War, Japan worked intensively to have the principle of racial equality inserted in the Covenant of the League of Nations. Although a majority of eleven out of seventeen members of the Conference Commission voted in favour of the Japanese proposal, President Wilson of the United States “suddenly declared from the chair that the amendment had failed”. In spite of vigorous protests by several delegates against this rejection of the amendment, President Wilson insisted – to the great disappointment of the Japanese delegation – that the amendment had not been adopted.³ Logically, the League Covenant did not even contain any express reference to the principle of equality between States.⁴

In the 19th and early 20th centuries references to equality and the equitable powers of international arbitral tribunals appeared not infrequently. Following the conclusion of the peace treaties after World War I, there was considerable debate regarding the possible modification of

* Professor, Ph.D., Law Faculty, SEE University, Tetovo, Macedonia.

** Professor, Ph.D., Dean of Public Administration and Political Sciences Faculty, SEE University, Tetovo, Macedonia.

¹ Encyclopedia of Public International Law, North-Holland, 1992, Vol. II, p. 109.

² Grotius, H., The Rights of War and Peace, Book 2, Chapter 16, Section 26.

³ Paul Gordon Lauren, *Power and Prejudice – The Politics and Diplomacy of Racial Discrimination*, 2nd edn. (Boulder/Oxford, Westview Press), pp. 99-100, and, in general on the issue of racial discrimination, Chapter 3 on “Racial Equality Requested – and Rejected”.

⁴ See Keba Mbaye, “ARTICLE 2, Paragraph 1”, *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article*, 2nd edn, Jean-Pierre Cot and Alain Pellet, eds. (Paris, ECONOMICA, 1991), p. 83.

terms of the treaties unfair to Germany by courts giving equitable competence to correct the legal rules.⁵ These developments led to doctrinal debate between adherents of the schools of positivism and natural law regarding the role of equity in international law. Because the concept envisages the judge correction positive rules of law, positivists attacked its use as an unwarranted encroachment on State sovereignty and as an unwise grant of judicial discretion. On the other hand, the advocates of natural law applauded equity and judicial discretion as a means to attain more fairness and justice in international law.⁶

Progress was made, however, during the elaboration of the Charter of the United Nations after yet another global war of unspeakable horror which had its origin in deliberate and carefully systematized discriminatory practices embracing entire state structures. The world could no longer close its eyes to such vile practices and the threat to peace that they represented.

In the second preambular paragraph to the Charter of the United Nations, the peoples of the Organization express their determination “to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small”.

According to Articles 1(2) and (3) of the Charter, the purposes of the United Nations are, inter alia, “to develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples” and “to achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.”

While Article 2(1) expressly confirms that the “Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members”, the principle of non-discrimination in the observance of human rights is reaffirmed in Articles 13(1)(b), 55(c) and 76(c). The Charter of the United Nations testifies to the fact that international peace and security depend to a large extent on “universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion” (Art. 55(c)).

What can with some justification be called international constitutional law is thus today solidly based both on the principles of equality between States and the equal worth of all human beings, although only the latter principle will be dealt with in this chapter.

Finally, equality has been considered, by the International Court of Justice (ICJ) in the North Sea Constitutional Shelf Cases, not simply as a matter of abstract justice but as ‘a rule of law that calls for the application of equitable principles’.⁷ This jurisprudence was more specifically developed in the Tunisia – Libya Continental Shelf Case where the legal concept of equality is held to be ‘a general principle directly applicable as law’. The Court distinguishes this concept from other meanings of the term equality which have been used in the history of legal systems to define various legal concepts. To apply this principle means that the Court ‘is bound to apply equitable principles as part of international law, and to balance up the various considerations which it regards as relevant in order to produce an equitable result’. This task is distinguished from rendering a decision *ex aequo at bono*.⁸ ‘While it is clear that no rigid rules exist as to the exact

⁵ Ibid. Supra 1.

⁶ See Jenks, C.W., Equality as a Part of the Law Applied by the Permanent Court of International Justice, *Law Quarterly Review*, Vol. 53, 1937, pp. 519-524; and Chen, B., Justice and Equality in International Law, *Current Legal Problems*, Vol. 8, 1955, pp.185-211.

⁷ ICJ Reports, 1969, p. 48

⁸ Article 38(2) of the Statute of the ICJ (which employs the identical wording as was used in Article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice) provides that the Court has power to ‘decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto’. The notion *ex aequo et bono* had been little used before its addition to the

weight to be attached to each element in the case, this is very far from being an exercise of discretion or conciliation; nor is it an operation of distributive justice'.⁹

Equality as the basis of decision can be applied as a rule of law only in connection with an evaluation of the circumstances relevant in the concrete case. These circumstances can be either facts or legal situations, or combination of both. To avoid the subjective elements of this evaluation running over into a decision *ex aequo et bono*, the relevance of the factual and legal circumstances and their relative weight must be elaborated using rational argument.¹⁰

2. Equality: Defining the Concept

The terms 'equality', 'equal', and 'equally' signify a qualitative relationship. 'Equality' (or 'equal') signifies correspondence between a group of different objects, persons, processes or circumstances that have the same qualities in at least one respect, but not all respects, i.e., regarding one specific feature, with differences in other features.¹¹

'Equality' and 'equal' are incomplete predicates that necessarily generate one question: equal in what respect?¹² Equality essentially consists of a tripartite relation between two (or several) objects or persons and one (or several) qualities.¹³ 'Equality' denotes the relation between the objects that are compared. Every comparison presumes a *tertium comparationis*, a concrete attribute defining the respect in which the equality applies – equality thus referring to common sharing of this comparison-determining attribute.¹⁴ However, above all equality serves to remind us of our common humanity, despite various differences and in its perspective usage has, of course, a close connection with morality and justice in general and distributive justice in particular.¹⁵

It should be noted that equality was used frequently in international law during 19th century. Many international arbitrations provided for decision according to international law and equity. Then somehow at the beginning of 20th century things quieted down and equity was used much less.¹⁶ In 1960's when the ICJ began to consider disputes related to maritime boundaries in the

PCIJ's Statute and was included there, with little debate, arguably to give the Court somewhat greater flexibility. However this result has not been achieved. No case to date has been heard by Court where it has been given this *ex aequo et bono* power. Article 38(2) poses a difficult problem for the Court. If *ex aequo et bono* is understood as a power to decide a case equitably outside the rules of law, should the Court be powerless to apply equality in the absence of specific agreement of the parties? It is with this question in mind that a distinction has sometimes been drawn between the *ex aequo et bono* power and the power to apply equality as a general principle of law. See Individual opinion of Judge Manley O. Hudson in the 1937 PCIJ Meuse Case (PCIJ, Series A/B, No. 70, p.73).

⁹ ICJ Reports, 1982, p. 60.

¹⁰ Ibid. Supra 1, p. 525

¹¹ 'Equality' needs to thus be distinguished from 'identity' - this concept signifying that one and the same object corresponds to itself in all its features: an object that can be referred to through various individual terms, proper names, or descriptions. Thus to say e.g. that the men are equal is not to say that they are identical. Equality rather implies similarity but not 'sameness'. See Westen, P., Speaking Equality (Princeton University Press, 1990), pp. 39, 120.

¹² See Rae, D., et.al., Equalities (Harvard University Press, 1981), p. 132.

¹³ Two objects a and b are equal in a certain respect if, in that respect, they fall under the same general terminus.

¹⁴ Ibid. Supra 11, p. 10.

¹⁵ See Albernethy, G.L., The Idea of Equality (John Knox, 1959); and Brown, H.P., Egalitarianism and the Generation of Inequality (Clarendon Press, 1988).

¹⁶ In fact equality principles were applied in quite a number of cases, although often without express reference to equity. The Court would state it was well known that a particular principle existed as a general principle of international law accepted by most nations and then would apply it, never mentioning equity. See D'Amato, Anthony, International Law Anthology (Anderson Publishing Company, 1994), p. 102.

North Sea Continental Shelf Cases, it rediscovered equitable principles. The Court relied on the Truman Proclamation that said if the United States had any disputes about the continental shelf, they would be solved by agreement with the other country concerned, in accordance with equitable principles.¹⁷ Because the Proclamation was followed by number of other states, the Court cited it as the beginning of a trend that established the principle the Court would follow.¹⁸

Certainly, in the North Sea Continental Shelf Cases and a number of following cases, various problems arose about what is equity, what are 'equitable principles' and what is an equitable result.

The first problem is the old distinction between equity meaning principles of general international law and equity meaning that the court should decide according to what is just and proper, which some call *ex aequo et bono*, an old well-known phrase. The phrase '*ex aequo et bono*' was used in a large number of treaties, starting with the General Act of Geneva in 1928, and the arbitration treaties that followed it.¹⁹ Those treaties provided that, in principle, cases sent to the ICJJ should be decided according to Article 38(1), of the Statute of the Court.²⁰ There was also Article 38(2), however, which allows the Court to decide *ex aequo et bono* when the parties agree and, of course, some of those treaties amounted to such agreement. The majority of those treaties did not provide, however, for the court to decide *ex aequo et bono*; they provided instead for an arbitral tribunal to deal *ex aequo et bono* with disputes that were not legal. There was a second group of treaties, including the European Treaty on Peaceful Settlement in the 1950s,²¹ that provided that if a tribunal could not find a rule of international law on the subject, it might deal with the subject *ex aequo et bono*.

Substantive principles present more of a problem, however. Equity under Anglo-American law means one thing, equity under continental law derived from Roman principles means something different. The same is true for equitable principles under Islamic law, Hindu law, Chinese law, and so on. Therefore, equity under international law is distinguished from equity under any national law. As the Court has said in several cases, equity under international law is different from equity in the domestic system. The Court has gone through this already. In North Sea Continental Shelf Cases,²² the Court surprised the legal world by stating very clearly that it was going to apply equitable principles, and the only reason that Court had to give was that it did not want to apply the equidistance principle there, because it would have been so clearly unjust in that case.²³

To better understand the role of equality in international law, legal doctrine identifies three possible applications of equality: *infra legem*, *praeter legem*, and *contra legem*. The first category

¹⁷ ICJ Reports, 1969, p. 53. The Court was not actually required to delimit boundaries in North Sea Continental Shelf Case, this being achieved by successful negotiation among the parties after delivery of the Court's judgment. However, in two subsequent cases, the 1977 Continental Shelf Arbitration (France/United Kingdom) and the 1982 ICJ Tunisia-Libya Continental Shelf Case, the judges were themselves responsible for the actual demarcation. In both cases judgment followed the North Sea Continental Shelf Case and called for the application of equitable principles.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ There are several multilateral treaties that provide for the settlement of international disputes by arbitration, including the Geneva General Act for the Settlement of Disputes of 1928, adopted by the League of Nations and reactivated by the UN General Assembly in 1949. That act provides for the settlement of various disputes, after unsuccessful efforts at conciliation, by an arbitral tribunal of five members.

²⁰ Namely, the four basic sources of international law.

²¹ European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes, (ETS No. 23), entered into force April 30, 1958.

²² Ibid. Supra 7.

²³ The Court, in looking for solution, did not do what it was supposed to do, namely, to apply the law. In every decision that comes out of the Court, there are often some fascinating things hidden. See Ibid. Supra 16, p. 103.

is said to refer to the possibility of choosing between several different interpretations of the law. The making of such choices is inherent in the function of the judge and, as such, needs no special consent of the parties in a dispute. What is gained by terming the need to make choices as ‘equal’, is less certain – especially if no pretence is made that equality assists in how one makes choice.²⁴

For some others every rule has various interpretations, all acceptable from the legal point of view, and equality allows the judge to choose in accordance with justice, having regard to the circumstances and balancing the rights and obligations of the parties.²⁵ Whether this is done by the use of compromise, or by giving different weight to alternative interpretations of law, or by focusing on the desired result, is never specified.

In the second sense, equality is seen as a gap-filler when the law is silent. The importance attached to this role depends upon an interior debate – namely, whether indeed there are lacunae in international law. For some authors equality *praetor legem* is not acceptable, because, while they believe that lacunae do exist, they hold that the role of the judge is simply to pronounce a *non liquet*.²⁶

The third category is that of equality *centra legem* – that is to say, a softening of the application of an applicable norm, for extra-legal reasons. There is an almost infinite number of purposes which courts and writers see equity as fulfilling. For some, it allows the decision rather to embrace a ‘just’ solution. Thus the ICJ, in said that: ‘When applying positive international law, a court may choose among several possible interpretations of the law to one that appears, in the light of the circumstances of the case, to closest to the requirements of justice’. This would be the application of equity *infra legem*.²⁷ In 1969 the Court, when elaborating a general basis of equity, said: ‘Whatever the legal reasoning of a court of justice, its decisions must be definition be just and therefore in that sense equitable.’²⁸ Justice is thus said to be the end served by equity; but also to be synonymous with equity.

Lastly, concerning the role of equality in international law two very general conclusions can be made. First, equity is one device by international law may be interpreted, supplemented or corrected. As such, its attractiveness will very depending upon perceptions regarding whether the established rules of international law should be changed and, if so, by whom and under what circumstances. Second, while notions of equity are often controversial in municipal legal systems, the role of equity in international law is especially difficult. With no effective international legislature, there will always be differences of opinion over the appropriate means of changing or even clarifying existing rules of international law. Thus the place of equality in international law will be as inherently controversial and problematic as are the fundamental questions regarding the creation and dissolution of the rules of international law themselves.²⁹

3. The Scope of the Right to Equality and Non-Discrimination

The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) in its preamble proclaims that ‘recognition of the equal and inalienable rights of all members of the human family’. Likewise in its first article it states ‘All human beings are born free and equal in dignity and rights’. Further in making reference to specific types of rights, the Declaration states that ‘everyone. . . is entitled to

²⁴ See Higgins, R., *Problems & Process: International Law and How we Use it* (Clarendon Press, 1996), p. 219.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ The specifying by the Court of criteria for shelf delimitation closely resembles equality *praetor legem*; but it is never characterized by the Court as such. *Ibid.* p. 220

²⁷ ICJ Reports 1982, p. 18, para. 71.

²⁸ ICJ Reports 1982, p. 11, para. 71

²⁹ *Ibid.* *Supra* 1, p. 112.

the realization . . . of economic, social and cultural rights indispensable for his dignity', and that these rights ensure 'an existence worthy of human dignity'.³⁰

Likewise the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) recognize in their preambles that the rights contained therein are derived from the inherent dignity of human person.³¹

It is widely accepted that equality and non-discrimination are positive and negative statements of the same principle.³² In other words, equality means the absence of discrimination, and upholding the principle of non-discrimination between groups will produce equality.³³

Early in its first session the UN Sub-commission did not attempt to agree upon a legal definition but merely indicated the considerations which should be taken into account in framing the proposed Universal Declaration of Human Rights. 'Prevention of discrimination' was described as the prevention of any action which denies to individuals or groups of people the equality of treatment which they may wish. The Sub-commission held that differential treatment of such groups or of individuals was justified when it was exercised in the interests of their contentment and the welfare of the community as a whole. One illuminating conceptual breakthrough contained in the definitions was the clear distinction made between differentiation which may be justified in the interest of true equality, and discrimination which is based upon 'unwanted', 'unreasonable', or 'invidious' distinctions and which is never justified.³⁴ The Sub-Commission's formula was commented upon in a memorandum of the Secretary General of the UN entitled 'The Main Types and Causes of Discrimination'.³⁵ The text indicated that discrimination was meant any act or conduct which denied to certain individuals equality of treatment with other individuals because they belonging to particular groups in society. The prevent discrimination, therefore, some means had to be found to suppress or eliminate inequality of treatment which may have harmful results, aiming to prevent any act or conduct which implies that an unfavorable distinction is made between individuals solely because they belong to certain categories or groups in society.³⁶

³⁰ See the full text of the Declaration reprinted in Brownlie, I., *Basic Documents on Human Rights* (Clarendon Press, 1981), p. 25.

³¹ *Ibid.*, p. 118 and 128. Non-discrimination is also established in regional human rights instruments, including the European Convention, The European Social Charter and the Declaration Regarding Intolerance: A Treat to Democracy, all adopted by the Council of Europe; the African Charter on Human and Peoples' Rights, adopted by the Organization of African Unity; and the American Convention of Human Rights, adopted by the Organization of American States. Some UN conventions define discrimination. Article 1 (1), of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (General Assembly resolution 2106 A(XX)); and Article 1 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Assembly resolution 34/180).

³² Bayefsky, F., *The Principle of Equality or Non-discrimination in International Law*, 11 *Human Rights Quarterly*, 1990, p. 5.

³³ As regards to the individual rights to equality Dworkin distinguishes the right to equal treatment from the right to be treated as an equal. Equal treatment implies a right to an equal distribution of a opportunity, resource or burden. However, the right to treatment as an equal means sometimes the right not to receive the same distribution or some burden or benefit but to treated with the same respect and concern as anyone else. See Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1977), pp. 226-227.

³⁴ Mckean, W., *Equality and Non-discrimination Under International Law* (1983), p. 82

³⁵ UN Sales No. 49. XIV.3 paras. 6 and 7.

³⁶ The protection of minorities, on the other hand, although inspired by the 'principle of equality of treatment of all peoples' required positive action: concrete service is rendered to the minority group, such as establishment of schools in which education is given in the native tongue of the members of the group. The guiding principle is equality – 'if a child receives its education in language which is not its mother tongue, this might imply that the child is not treated on an equal basis with those children who . . . receive their education in their mother tongue'.

In the Commission on Human Rights, some delegates considered that the description of ‘prevention of discrimination’ was ‘loose and unscientific’ because the mention of equality of treatment without qualification was unacceptable given that absolute equality of treatment was obviously impossible to achieve. The insertion of the word ‘justified’ before ‘equality’ was suggested, but was opposed on the grounds that the word ‘equality’ used here in its legal sense did not mean ‘absolute’ equality but fair or justified equality, and that there was therefore no need for a qualifying adjective.³⁷

The common terms ‘distinction’, ‘exclusion’, ‘restriction’, and ‘preference’ are all used to describe different treatment. Any of these terms would suffice to establish an action for the purpose of discrimination. ‘Preferences’ suggest that the action does not necessarily have to be directed against the group alleging discrimination, but may be effected through unreasonable promotion of one group at the expense of others. The Committee on Economic Social and Cultural Rights noted in the case of Vietnam that there was evidence of discrimination ‘on the basis of preferences in favour of persons from certain groups’.³⁸ Moreover, the Human Rights Committee has stated in General Comment No. 18 that differentiation of treatment is permissible if: (1) the goal is to achieve a legitimate purpose; (2) the criteria for such differentiation are reasonable and objective, as illustrated in *Van Oord v The Netherlands*.³⁹ The Human Rights Committee held that there had been no violation of Article 26, observing that a differentiation in treatment is legitimate if it is based on reasonable and objective criteria. The difference in treatment in this case was based on different treaty arrangements.

In the *Belgian linguistic case*,⁴⁰ the court held that the non-discrimination principle was only violated if the distinction had no ‘reasonable and objective justification’. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measures under consideration. That means that there must be a legitimate aim and a reasonable relationship of proportionality between the legitimate aim and the discriminatory measure under review. The objective of differentiation must be legitimate, and the means chosen must be appropriate and proportionate to the objective. It is normally not difficult for state to show that the policy under challenge has a rational aim. As to the means chosen, the court is relatively deferential to what is termed the ‘margin of appreciation’, that is, the state’s discretion as to the appropriate manner in which to achieve its policy objective.⁴¹

However, like the Inter-American Court of Human Rights, the European Court of Human Rights has accepted that “the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment.” On the other hand, “very weighty reasons” would have to be submitted by the respondent Government before the Court would regard a difference in treatment as a legitimate differentiation under article 14, particularly if it was based exclusively on gender³⁹ or birth out of wedlock.⁴² These are some of the most detailed and authoritative legal rulings on the notion of equality of treatment and non-discrimination in international human rights law. They form the basis of the examples chosen below from the jurisprudence of the Human Rights Committee and the

Thus the protection of minorities requires positive action, provided that those concerned wished to maintain differences of language and culture. See UN Doc. E/CN.4/Sub.2/8 (October 1947).

³⁷ See UN Doc. E/CN.4/S.R.32-41.

³⁸ See Doc. E/C.12/1992/8, p. 2.

³⁹ CCPR General Comment No. 18: 10/11/89.

⁴⁰ Townshend-Smith, Richard, *Discrimination law: Text, Cases and Materials*, 1998, p.137.

⁴¹ Weiwei, L. *Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law* (Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, 2004), pp. 7-10.

⁴² Eur. Court HR, *Case of Inze v. Austria*, judgment of 28 October 1987, Series A, No. 126, p. 18, para. 41.

Inter-American and European Courts of Human Rights. The common traits of the case law of these bodies may be summarized as follows:

The principle of equality and non-discrimination does not mean that all distinctions between people are illegal under international law. Differentiations are legitimate and hence lawful provided that they:

- pursue a legitimate aim such as affirmative action to deal with factual inequalities, and
- are reasonable in the light of their legitimate aim.

In general, we can identify three elements, which are common to all forms of discrimination:

- actions that are qualified as discriminatory such as distinction, exclusion, restriction and preference;
- causes of discrimination, personal characteristics such as race, colour, gender, age, physical integrity etc.;
- purposes and/or consequences of discrimination, which have the aim, or effect of preventing victims from exercising and/or enjoying their human rights and fundamental freedoms.⁴³

Finally, the word ‘discrimination’ taken alone is now commonly used in the pejorative sense, as being an unfair, unreasonable, unjustifiable or arbitrary distinction. The most obvious meaning of discrimination emphasizes hostility or prejudice, but it is important that a wider definition be adopted: first because the evidence suggests that disadvantageous differential treatment frequently occurs in the absence of prejudice or hostility, and second because of the difficulty inherent in defining or proving prejudice or hostility. Thirdly, there is the question of obtaining the necessary evidence.⁴⁴

4. The Implementation of the Principles of Equality and Non-Discrimination: State Obligations

What is the effect of these equal rights provisions of the Charter and UDHR? Some scholars have characterized them as too vague to be enforceable, and are therefore opposed to undertaking international obligations which would supersede domestic jurisdictions which explicit, enforceable provisions.

The UDHR has been universally accepted. . As Humphrey writes,⁴⁵ ‘whatever its drafters may have intended in 1948, it is now part of customary law of nations, therefore binding on all states.’ This assertion is supported by the many statements of international conferences referring to it, and by state practice. It has been suggested that the UDHR has the attributes of *jus cogens*. As Weiwei writes,⁴⁶ ‘This statement goes too far if intended to assert that all the rights enumerated in the UDHR have this character. But there is little doubt that the right to equality and non-discrimination has the character of *jus cogens*, because this right appears in both UDHR and

⁴³ Subsequently, a distinction has to be made between direct discrimination (describing the purpose), where the actor intends to discriminate against a person/group and indirect discrimination (related to consequences), where an apparently neutral provision or measure de facto disadvantages one person/group compared to others. See Understanding Human Rights: Manuel on Human Rights Education (Edited by Wolfgang Benedek, European Training and Research Centre for Human Rights and Democracy, Graz, 2006)pp. 105-106.

⁴⁴ See I.R.L.R 1977, p. 105; and I.R.L.R 1989, P. 173.

⁴⁵ Humphrey, The Implementation of International Human Rights Law, 24 NYL Rev., 1978, p. 32, cited in Weiwei, supra note 39.

⁴⁶ Ibid. Supra 39, pp.19-20.

ICCPR'. The *jus cogens* status is made explicit in the ICCPR provision that even when the life of nation is threatened by a public emergency, although the parties may take steps derogating from certain obligations under the Covenant, such measures may not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religious or social origin.⁴⁷

Obligations under international law are addressed in the first instance to states. Their obligations are threefold: to respect, to ensure and to fulfill these rights.⁴⁸ Furthermore, Governments combat discrimination based on race, gender or ethnic origin by (a) promoting equality of opportunity by outlawing discrimination and making health care and education available to all and (b) seeking equality of results by granting preferences to members of disadvantaged groups. The second approach has been given a variety of labels, including benign quotas, reverse discrimination, reservation policy, employment equity, positive discrimination, positive action and affirmative action. In contrast with equal opportunity, which focuses on procedures and individuals, this approach is results oriented and group oriented. The two approaches are not mutually exclusive.⁴⁹

It would seem apparent that states are capable of eliminating most *de jure* discrimination immediately. There is certainly little justification for introducing new legislation or administrative practices that are discriminatory. However, it would be wrong to suggest that the elimination of discrimination will always be capable of being achieved immediately. First, it is true that certain forms of corrective action will involve considerable financial expenditure. Second, where *de jure* discrimination may be eliminated by the creation and enforcement of relevant legislation, the existence of *de facto* discrimination, as evidenced through material inequalities and individual prejudice, is a matter that necessitates longer term social and educational efforts. Thirdly, the obligation under Article 2(1) of the ICESCR is progressive in nature. To fulfill the rights means that any person whose rights are violated would have an effective remedy. Rights without remedies have little value. The ICESCR requires states to ensure that effective and enforceable remedies are available to individuals in case of discrimination.⁵⁰

Many Governments have created specialized bodies to promote equality of opportunity across races and between men and women. Typically these organizations report to a government department or ministry and have only promotional or consultative powers, although some have been given independence and the authority to investigate and act on complaints.⁵¹

There is an increasing tendency for legislatures to impose substantial penalties, including imprisonment, for discrimination by race or gender in recruitment, training and conditions of employment. A few countries, such as France, the Netherlands and Sweden, incorporate these provisions in the Penal or Criminal Code, but most countries enumerate them in specific acts of legislation.⁵²

⁴⁷ Article 4 (1) (2).

⁴⁸ To ensure was to take requisite steps, in accordance with its constitutional process and the provisions of the Covenant, to adopt such legislative or other measures which are necessary to give effect to these rights. Most Covenant rights need to be protected by specific legislative measures. The Human Rights Committee looked towards concrete legislative measures as evidence of state's commitment to eliminating discrimination. See UN Doc. E/C 12/1987/SR6, p. 3.

⁴⁹ In the United States, for example, courts frequently impose hiring quotas on organizations found guilty of discrimination against women or disadvantaged minorities.

⁵⁰ *Ibid.* Supra 39, p.23.

⁵¹ Examples of the latter include the Equal Opportunities Commission and the Commission for Racial Equality in the United Kingdom, the Human Rights and Equal Opportunities Commission in Australia, the Human Rights Commission and Race Relations Conciliator in New Zealand and the Equal Opportunity Commission in the United States.

⁵² See "Equality in employment and occupation", International Labour Conference, 83rd session (Geneva,

Furthermore, Adhering to a strict interpretation of equality before the law, many Governments and legal systems refuse to allow any discrimination, even benign discrimination, based on race, gender or ethnic origin. Others sacrifice the principle of non-discrimination (*de jure* equality) to varying degrees in order to promote de facto equality. The conflict between these two approaches is real.⁵³

In addition, individuals are endowed with unequal amounts of wealth, talent, intelligence, physical strength and beauty. The International Bill of Human Rights does not address these inequalities or the income inequalities that result from them; it promises only *de jure* equality, not de facto equality.

No person has a right to a high paying job or to a university place; everyone has a right to compete, on the basis of merit, for jobs and university admission. Equal opportunity is a human right; equality of results is not.

The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial discrimination and the Convention against Women allow Governments to implement temporary programmes that deny members of advantaged groups their right to equal opportunity in order to give preferences to members of disadvantaged groups. Such policies are discriminatory and violate the International Bill of Human Rights. Derogation of human rights, even temporarily, ought not to be done lightly. Article 4, paragraph 1, of the International Covenant on Civil and Political Rights allows similar derogation of human rights “in time of public emergency which threatens the life of the nation”, but only “to the extent strictly required by the exigencies of the situation”. The language that permits preferential policies is less restrictive, but it does suggest that preferences are acceptable only as an instrument to achieve equality of opportunity and rare never justified as permanent policy.

Effective enforcement of laws against racial, ethnic and gender discrimination can generate equality of opportunity for all members of society. But enforcement of anti-discrimination laws will not produce equality of results. To move towards this type of equality Governments routinely use taxation, along with expenditure on health, education and welfare to redistribute income from affluent members of society to the poor. Such income redistribution does not constitute a preferential policy, nor is it a violation of human rights, as long as an individual’s tax bill and his or her access to public health, education and welfare does not depend on race, gender or ethnic origin.⁵⁴

5. Conclusion

The legal principles of equality and non-discrimination are at the core of international human rights treaties and declarations. However, the progress achieved in the development of international covenants against discrimination does not mean that this system as a whole is now fully satisfactory. The advancement of standards prohibiting discrimination of persons belonging to various vulnerable groups is uneven. In some cases the prohibition is established by conventions, in others by non-binding declarations. The effectiveness of even the most advanced protective structures, based on international conventions, is diminished by the fact that they are not

International Labour Office, 1996), pp. 80-83, and “Equality in employment and occupation”, (International Labour Conference, 75th session (Geneva, International Labour Office, 1988), pp. 232-235.

⁵³ See Seymour Martin Lipset, “Affirmative action and the American creed”, *Wilson quarterly*, vol. 16 (Winter 1992), pp. 52-62; and Jack Citrin, “Affirmative action in the people’s court”, *The Public Interest*, No. 122 (Winter 1996), pp. 39-48.

⁵⁴ See UN Expert Group Meeting on Managing Diversity in the Civil Service, UN Headquarters, New York, 3-4 May 2001, pp. 6-9.

ratified by all states, and that upon ratification or accession many states parties have stipulated reservations that in many cases significantly limit the scope of the convention. Many more countries have ratified the conventions but have no put in place any enforcement mechanism at the national level. In the light of these limitations a call for further development of anti-discriminatory law would seem to be fully justified. A big step forward in eliminating discrimination can only be achieved if a collective effort is made both at the international level and by governments.⁵⁵

⁵⁵ Ibid. Supra 39, pp. 25-6.

BRIEF CONSIDERATIONS ON DECONCENTRATED PUBLIC SERVICES AS A CONSEQUENCE OF COMING INTO FORCE OF THE EMERGENCY ORDINANCE NUMBER 37 FROM 22.04.2009 CONCERNING CERTAIN MEASURES OF IMPROVING THE ACTIVITY OF PUBLIC ADMINISTRATION

Elena Emilia ȘTEFAN *

Abstract

The publication in the Official Gazette of the Government's Emergency Ordinance number 37 from 22 of April 2009 concerning certain measures of improving the activity of the public administration gave us the opportunity of initiating this step through which we tried to present the main substance modifications brought to the public administration and their impact on the public function. In the first section of the study will present meanings concept of public service and regulation deconcentrat in English law from the basic law of the State Constitution of Romania. In the second section of the study will present the main changes the activity of public administration, starting with the presentation structure Ordinance number 37 from 22 of April 2009 and continuing to treat more of the main changes of public administration.

Keywords: *Deconcentration, public services deconcentrate, cotractul management, right to good administration, management contract.*

Introduction

„Deconcentration, decentralization, these are the key words in matter o administrative organization. The exception is represented by the authorities which are leading the state (The President of the Republic, The Prime-Minister, ministers). Any other administrative authority is, in principle put either in a deconcentration statute, or in a decentralized one.”¹

The principle of the deconcentration of the public services is a new concept, which is not stipulated by the 1991 Romania's Constitution, being used the terminology of decentralization of public services.

By explicitly introducing in the review of the Constitution the deconcentration of public services as a distinct principle in relation to decentralization and local autonomy, it meets the need for scientific rigor, referred repeatedly to current doctrine in this matter²

Deconcentration is an interim measure in the process of decentralization is regarded as transfer of power from center to power the central leadership at the various local bodies.

Between territorial deconcentration and decentralization should not be put equal sign. They have items that you like and elemnte they differ fundamentally. What unites them is that the decision is taken by an authority that is implanted in the territory.

What distinguishes them is the different nature of the case which decizia. În deconcentration, an organ of state, and in the case of decentralization, an autonomous body elected by the local community.

Officers of the territory, where deconcentration, there are simple tools of the center, they have a specific skill, they have powers and responsibilities³.

* Assistant, Law Faculty, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: stefanelena@gmail.com).

¹ Rene Chapus, Droit administrative general, Tome I, 7-edition, Paris, Montchrestien, 1992, p.312.

² Cristian Ionescu, The Treaty of contemporary constitutional law, Ed All Beck, Bucharest 2003, page. 95

Literature review

Public services issues has been the subject of studies worldwide especially in French law. Recall in this connection as follows: **Rene Chapus**, general administrative Droit, Tome I, 7th edition, Paris, Montchrestien 1992, pag.312.

Also in the national literature highlight a number of studies dealing with: decentralization, deconcentration and public deconcentrate, as follows: **Vergina Vedinaș**, *Administrative Law*, Legal Publishing World, ed II, Bucharest 2006, pag.317, **Antonie Iorgovan**, *The Treaty of Administrative Law*, Vol I, ed 4, Ed All Beck, București 2005, p. 459, **Apostol Dana Tofan**, *Administrative Law*, Vol I, 2nd Edition Ed CH Beck, Bucharest 2008, pag.258, **Cristian Ionescu**, *The Treaty of contemporary constitutional law*, Ed All Beck, Bucharest 2003, p. 95, **Vergina Vedinaș**, *Administrative Law*, Universe Publishing Law, ed 4-a, București 2009, pag.390, **Jean Vermeulen**, *Status of civil servants*, Bucharest, Institute of Fine Weather Charts, 1933, page 309.

The notion of deconcentrated public service. Provisions of Government Emergency Ordinance no. 37 of 22 April 2009

1. The concept of deconcentration, decentralization and deconcentrated public services

According to the 120 article from the Romanian Constitution “the local public administration in the territorial administrative unities is based on the following principles⁴: descentralization, local autonomy and the deconcentration of the public services”.

The present law of descentralization⁵ in article 2, letter j defines deconcentration as being: “the redistribution of administrative and financial competences by the ministries and the other speciality mechanisms of the central public administration towards it’s own speciality mechanisms from the territory”.

Concerning the term of “the descentralization of the public services⁶”, used in it’s initial variant of the Constitution, as the doctrine hurried to specify immediately after it’s come into force, strictly scientifically it was about “deconcentration of the public services” because there were taken into consideration at first the services which were exterior, to the ministries, meaning the branches from the territory of the ministries, which remain vertically subordinated to these ones, and horizontally subordinated to the prefect.

In addition can be about the establishment of public services at local level.

The deconcentrated public services are administrative structures through which the ministries and other central mechanisms realize their attributions given by the law.

We are thus establishing that an effect of the deconcentration is the one that the central power gives up of a part of it’s prerogatives, which are distributed to a series of local public authorities.⁷

Due to the fact that between the central power and the one from the territory there is a relation of hierarchical subordination, the deconcentrated authority is dependent of a hierarchic superior which has hole right of canceling it’s decisions⁸.

³ Vergina Vedinaș, *Administrative Law*, Legal Publishing World, ed 2-a, București 2006, page.317

⁴ Law no.215/2001 on local public administration, published in Official Gazette, Part I, no. 204 of 23 April 2001, updated

⁵ Law no. 195/2006, Law decentralization framework (published in the Official Gazette no. 453/25.05.2006) updated

⁶ Antonie Iorgovan, *The Treaty of Administrative Law*, Vol I, ed 4, Ed All Beck, București 2005, page. 459

⁷ Apostol Dana Tofan, *Administrative Law*, Vol I, ed. to 2nd Ed CH Beck, Bucharest 2008, page.258

2. Aspects related to the publishing in the Romania's Official FFICIAL Gayette Part I nb. 264/22.04.2009 oh the Governement's Emergency Ordinance nb. 37 from 22.04.2009 concerning certain measures of improving the activity of the public administration

Briefly illustrate the order in the ordinance that it has a number of five articles which have references to the Statute of Civil Servants the Teachers Staff's Statute and other precautions.

2.1. Through this normative document Law nb.188/1999 concerning the Statute of Civil Servants is modified, establishing that the organization for the recruitment of candidates for the vacancies in the local and central public institutions and authorities as well as for the deconcentrated public services of the ministries and of other speciality mechanisms of the central public administration from the territorial-administrative unities are coming into being in the following way: the committee named through the Prime Minister's decision, according to the law, for senior officials: by the The National Agency Of Civil Servants for the leading general and specific functions, excepting the Secretary village head office and head office, the commune's secretary ; by the public institutions and authorities in whose state of function there is the vacant public function for village secretary, service chief and head office and all execution public functions.

2.2. There will also be modified the list for the leading public functions which will include among others, the following functions: director of the autonomous administrative authorities from the ministries's apparatus and other speciality mechanisms of the central public administration, as executive director inside the prefect's institution, inside the local public administration's authorities and inside those's subordinated public institutions's.

2.3. Through this ordinance is being completed Law nb. 128/1997 concerning The Teaching Staff's Statute, in order for the deputy and general school inspectors and the director of Teaching Staff House to be changed.

Thus, it is stipulated that the naming as school general inspector, deputy general school inspector and as Teaching Staff House Director will be made through the order of The Ministrie's of Inovation, Research and Education order. That is why, the school general inspector and the Director of The House of Teaching Staff are closing with the minister of inovation, research and education an educational management contract with a term of maximum 4 years, which contains the directions and the objectives of the educational strategy, according to the objectives from the government's Program, and that these will be trimestrial made actual.

The educational management contracts, finished and based on Law nb. 128/1997, unwinding will finish their effects after 15 days from the date of coming into force of the emergency ordinance, which coincides with the date of it's publication.

2.4. In the text of the ordinance it is not specified what will happen with these public civil servants as soon as their functions will be dissolved in a term of 32 days from the date of it's coming into force, meaning 22 of April 2009.

Art.III, alin. (1) from the Government's Emergency Ordinance Nb.37/2009 stipulates that the public functions, specific public functions and the posts having a contractual regime, which confer the quality of deconcentrated public services's chief of the ministries and other central public administration's mechanisms from the territorial-administrative unities specified in the annex to this ordinance, and also this one's deputies, will be canceled in a term of 32 days from the date of it's coming into force.

We can only deduce on a basis of juridical reasoning corroborating more law texts from the Labour Code and the The Statute of Civil Servants, which are the legal possibilities which

⁸ Vergina Vedinaş, Administrative Law, Legal Publishing World, ed 4-a, Bucureşti 2009, page.390

the respective civil servant will have because he will remain civil servant, only the post will be canceled.

Starting with 22 April, according to alin.(11) of art.III, from the same civil servants' ordinance and put in a contractual regime which occupy the higher mentioned posts, will be applied in a corresponding way the legal stipulations concerning the ceasing of the job's relations, respectively of the work relations stipulated in the Law Nb.188/1999 concerning The Statute of Civil Servants, republished with the subsequent completions, respectively in Law Nb.53/2003-Labour Code, with the subsequent modification and completions. It can also be interpreted that become incidents the precautions of the 99 art, alin.(1), letter b), alin.(3) and alin.(5)-(7) from Law nb.188/1999. According to these law texts, in the notice period of 30 calendar days, if inside the public institution or authority there are proper vacant public functions, the person who has the legal competence of naming into the public function has the obligation of offering it to the civil servants' affected by the disposals of the mentioned ordinance.

In case there are no proper vacant public functions inside the public institution or authority, the public institution or authority has the obligation of asking The National Agency of Civil Servants, in the notice period, the list of vacant public functions. If there is no other proper vacant public function identified in the notice period, the civil servant will be transferred in a job's interest or if asking. The taking over of the vacant posts must be made in term of a month, meaning 23 of May (the latest).

2.5. In the annex of the in case normative document are enumerated 40 deconcentrated⁹ services subordinated to 11 ministries where will be made suspensions of the general directors, of the deputy directors and of the heads office (The Ministry of Health, The Ministry of National Patrimony, Cults and Cultures, the Ministry of Middle and Little Enterprises, The Ministry of Business Medium and Commerce, The Ministry of Sports¹⁰ and Youth, The Ministry of Public Finance, The Ministry of Rural¹¹ Development, Forests and Agriculture, The Ministry of

⁹ At the Bucharest there are a number of 32 public services, according <http://www.prefecturabucuresti.ro/servicii-publice-deconcentrate/index.html> so: Municipal Agency for Employment Bucharest House of Pensions of Bucharest, Department of Labor, Social Solidarity and Family, Bucharest Agency for Environment Protection Bucharest, The Public Health of Bucharest Directorate General of Finance of Bucharest, General Directorate of Bucharest Police, Department of the Bucharest National Archives, School Inspectorate of Bucharest, The Veterinary and Food Safety Bucharest, Regional Directorate of Statistics of the Bucharest Municipality, Directorate for Sport of Bucharest, Department for Culture, Cults National Cultural Heritage and the City of Bucharest, Department for Agriculture and Rural Development, Bucharest Inspectorate for Emergency Situations "Dealul Spirii" of Bucharest, the Office of Cadastre and Real Estate Advertising of Bucharest Municipality, Regional Inspectorate for Consumer Protection Bucharest-Ilfov, Direction Inspection and Control of Persons with Disabilities, Territorial Employment Inspectorate of Bucharest, Territorial Inspectorate Regim Forest and Hunting Bucharest, General Directorate of Gendarmerie of Bucharest, the mobilization of Economy Planning and Preparing for the defense of Bucharest Municipality, The Inspectorate Construction of the Bucharest Municipality, Agency for Payments and Intervention in Agriculture, Regional Directorate for Operations, Customs, Excise and Bucharest, The Financial Guard - Section Bucharest, Regional Directorate of Legal Metrology Bucharest. Romanian Road Authority Agency - Bucharest, Bucharest Commissioner of the National Guard for Environment Directorate of Youth Bucharest, Bucharest Regional Inspectorate Social, Territorial Office for Small and Medium Enterprises and Cooperatives Bucharest

¹⁰ Ministry of Youth and Sport has directions operate sports councils, county directions for youth sports complexurile national and municipal, municipal sports clubs and town houses of student culture, and the Ministry of Finance - general directions of public finance councils, county and regional lines to excise duties and operations of county polling Guardia di Finanza

¹¹ The Ministry of Agriculture are county directions for agriculture and rural development, territorial inspectorates for quality seed and propagating material, territorial inspectorates for the forest and hunting centers county payments and Intervention for Agriculture, county offices of agricultural advice and for improvement in animal husbandry and breeding, offices of payments to rural development and fisheries, soil studies offices and Agricultural directions forestry and county councils.

Environment¹², The Government's General Secretariat, The Ministry of Economy¹³, The Ministry Of Informational Society and Communications.)

2.6. Another element of novelty brought by this ordinance is represented by the fact that the chiefs of the deconcentrated services of the ministries will be named on the basis of a management project and of a contract which will contain the performance indicators which they must fulfil for practicing the job. In this way the job completion is canceled.

Until the moment of coming out of this ordinance, the occupation of this public function was made through competition¹⁴, promotion, transfer, redistribution but also through other ways stipulated by the law. The announcement concerning the competition will be published in Romania's Official Gazette and in another known newspaper with at least 30 days before the date of the job competition. The competition has at its basis the principle of opened competition, transparency, professional worths and competence, and also the one of equal acces to public functions for every citizen who accomplishes the legal conditions.

According to the precautions of this Ordinance, the management contract will be assimilated to the individual labour contract and gives the titular length of service and speciality.

In the ordinance it was specified that "the evaluation of the knowledge and managerial aptitudes on the basis of some management projects is organized by chief accountants in whose subordination, coordination or authority the respectively deconcentrated public services function.

In the normative document it was inserted a stipulation concerning the recommendation on functions, in order for the political intruders to be excluded from the beginning, but, practically, everything there is in the subordination of these ministries will politicize because the period for which the management contract is concluded is 4 years.

Taking into consideration the 4 years management contract we can affirm that the stability in function- the principle which rules the public function is really affected. The principle of stability in function is deeply related to the civil servants's right of career. Stability and irremovability have their origin in the need of finding an instrument which can stop the permanent increasing mix in administration. In art. III alin.5 it is stipulated that the cumulative conditions which must be achieved by the chief of the deconcentrated ministries, according to the precautions of the present ordinance: must have Romanian citizenship; must have good knowledge of written and spoken Romanian language; must have full capacity of exercise; must have a good state of health certified on the basis of speciality medical exam; must have university license studies, respectively long term superior studies finished with diploma; must not been convicted for breaking the law against humanity, against state, or against the authority, the service, or related to the service, which prevents making justice, of fals or of a corruption deed, or of breaking the law with intention, excepting the situation when rehabilitation intervened; has not developed activities of political police; fulfils also other specific criteria established by the principal accountant, on whose subordination, coordination or authority is functioning the respective deconcentrated public service.

¹² Ministry of Environment is responsible for regional and local agencies of environmental protection, regional and county comisariatele Guard of the Environment, the regional intermediate for SOP Environment and water lines and regional councils of the Romanian Waters, county councils.

¹³ Ministry of Economy has subsidiaries operate territorial Romanian Agency for Energy Conservation, Ministry of Education - school inspectors councils and the General Secretariat of the Government - directions veterinary and food safety, directions for statistics and regional councils, territorial units ANRM and territorial inspectorates regional and state construction

¹⁴ Law no. 188/1999 on the status of civil servants, published in the Official Gazette Part I, nr.600 / 08.12.1999 republished, amended

Finally, we can memorize the term of 32 days which is given to the civil servants's from the deconcentrated public services to whom the functions are canceled according to The Government's Ordinance Nb.37 from 22 of April 2009.

The text of the ordinance does not mention the contents of the management contract which can be a standard one or a innovation as the ordinance.

We can only suppose that the management contract in this case may be: organization, leadership and public service administration deconcentrat respectively, in terms of achieving an efficient management and quality based on performance indicators and targets set.

Contract management will end with ordonatorii principal of subordinated loans, or in coordination which operates under the authority of public service deconcentrat and a maximum of 4 years.

Conclusions

The evolution of the Romanian society will decide the opportunity represented by The Government's Ordinance Nb.37 from 22 of April 2009 which changed the way of regulation of the public function and the civil servants's by introducing the management contract as a way of occupying these functions.

The Charter of The Human Rights¹⁵ which exists at The European Union's level includes the right of good administration as a Union citizens's fundamental right, art. 41.

On 6 September 2001, The European Parliament adopted The European Code of good administrative conduct¹⁶ which the mechanisms of The European Union, administration and it's civil servants must respect in relation with the public.

But remains to be seen whether through this ordinance that wants itself revolutionary, the citizen's right to a good administration will be respected, and leaving aside the subtle political implications of this normative act, the new civil servants "will accomplish their job" with professionalism in their managerial 4 years mandate in order for the citizen, meaning the person who is paying taxes, does not suffer from the civil servants's "modifications from 4 to 4 years" inside the deconcentrated public services from the ministries and the other mechanisms of the central public administration and territorial-administrative unities stipulated in this ordinance.

¹⁵ Charter of Fundamental Rights, OJ 2007 C 303

¹⁶ The European Code of Good Administrative Office official publications of the European Communities, L-2985, Luxembourg, 2002, ISBN 92-95010-42-6

References

Book

1. Antonie Iorgovan, The Treaty of Administrative Law, Vol I, ed 4, Ed All Beck, București 2005, page. 459
2. Apostol Dana Tofan, Administrative Law, Vol I, ed. to 2nd Ed CH Beck, Bucharest 2008, page. 258
3. Cristian Ionescu, The Treaty of contemporary constitutional law, Ed All Beck, Bucharest 2003, page. 95
4. Vergina Vedinaș, Administrative Law, Legal Publishing World, ed 4-a, București 2009, page. 390.
5. Rene Chapus, General Administrative Droit, Tome I, 7th edition, Paris, Montchrestien 1992, page. 312.
6. Jean Vermeulen, Status of civil servants, Bucharest, Institute of Fine Weather Charts, 1933, page. 309

Journal article

Article in a print journal

1. Law no.215/2001 on local public administration, published in Official Gazette, Part I, no. 204 of 23 April 2001, updated
2. Law no. 195/2006, Law decentralization framework (published in the Official Gazette no. 453/25.05.2006) updated
3. Law no. 188/1999 on the status of civil servants, published in the Official Gazette Part I, nr. 600/ 08.12.1999 republished, amended

Article in a online journal

1. Charter of Fundamental Rights, OJ 2007 C 303,
2. The European Code of Good Administrative, Office official publications of the European Communities, L-2985, Luxembourg, 2002, ISBN 92-95010-42-6

SCURTE CONSIDERAȚII PRIVIND SERVICIILE PUBLICE DECONCENTRATE CA ȚRMARE A INTRĂRII ÎN VIGOARE A ORDONAȚEI DE URGENȚĂ A GUVERNULUI NR. 37 DIN 22.04.2009 PRIVIND UNELE MĂSURI DE ÎMBUNĂȚĂȚIRE A ACTIVITĂȚII ADMINISTRAȚIEI PUBLICE

Elena Emilia ȘTEFAN *

Abstract

Publicarea în Monitorul Oficial al României a Ordonanței de Urgență a Guvernului nr.37 din 22.aprilie 2009 privind unele măsuri de îmbunătățire a activității administrației publice ne-a dat prilejul inițierii acestui demers prin care am încercat să prezentăm principalele modificări de substanță aduse activității administrației publice și impactul acestora asupra funcției publice.În prima secțiune a studiului vom prezenta semnificațiile conceptului de serviciu public deconcentrat precum și reglementarea acestuia în legislația românească începând cu legea fundamentală a statului, Constituția României.În cea de-a doua secțiune a studiului vom prezenta principalele modificări aduse activității administrației publice, începând cu prezentarea structurii ordonaței de urgență nr.37 din 22.aprilie 2009 și continuând cu tratarea pe larg a principalelor modificări aduse administrației publice.

Cuvinte cheie: *Deconcentrarea, servicii publice deconcentrate,contractul de management, dreptul la o bună administrare*

Introducere

„Deconcentrare, descentralizare, acestea sunt două cuvinte cheie în materie de organizare administrativă. Excepție fac autoritățile care sunt în fruntea statului (Președintele de Republică, Primul-Ministru, miniști). Orice altă autoritate administrativă este, în principiu plasată fie într-un statut de deconcentrare, fie într-unul de descentralizare”.¹

Principiul deconcentrării serviciilor publice este un concept nou, nefiind prevăzut de Constituția României din 1991, folosindu-se terminologia de descentralizare a serviciilor publice.

Prin introducerea expresă cu ocazia revizuirii Constituției a principiului deconcentrării serviciilor publice, ca un principiu distinct în raport cu descentralizarea și autonomia locală, se răspunde necesității de rigoare științifică, evocată în repetate rânduri în doctrina actuală, în această chestiune².

Deconcentrarea este o măsură intermediară în procesul descentralizării, fiind privită ca transfer de atribuții de la centru la agenții puterii centrale aflați la conducerea diferitelor organisme locale.

Între deconcentrare și descentralizare teritorială nu trebuie pus semnul egalității. Ele au elemente care le aseamănă și elemente care le deosebesc fundamental.

Ceea ce le unește este faptul că decizia este luată de o autoritate care se află implantată în teritoriu. Ceea ce le deosebește este natura diferită a organului care ia decizia.În cazul

* Preparator universitar, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu”, București (e-mail: stefanelena@gmail.com).

¹ Rene Chapus, Droit administrative general, Tome I, 7-edition, Paris, Montchrestien, 1992, p.312.

² Cristian Ionescu, Tratat de drept constituțional contemporan, Ed All Beck, București 2003, p. 95

deconcentrării, un organ de stat, iar în cazul descentralizării, un organ autonom ales de comunitatea locală.

Agenții din teritoriu, în cazul deconcentrării, nu mai sunt simple instrumente ale centrului, ei dispun de o anumită competență, ei dispun de atribuții și responsabilități³.

Literatură consultată

Problematica serviciilor publice descentralizate a făcut obiectul unor studii în plan internațional mai cu seamă în dreptul francez. Amintim, în acest sens, după cum urmează: **Rene Chapus**, *Droit administrative general*, Tome I, 7-edition, Paris, Montchrestien 1992, pag.312.

De asemenea în literatura de specialitate națională evidențiem o serie de studii care tratează: descentralizarea, deconcentrarea și serviciile publice deconcentrate, astfel: **Verginia Vedinaș**, *Drept Administrativ*, Editura Universul Juridic, ed a II-a, București 2006, pag.317, **Antonie Iorgovan**, *Tratat de Drept administrativ*, Vol I, ed 4, Ed All Beck, București 2005, pag. 459, **Dana Apostol Tofan** *Drept Administrativ*, Vol I, , Editia a 2a Ed CH Beck, București 2008, pag.258, **Cristian Ionescu**, *Tratat de drept constituțional contemporan*, Ed All Beck, București 2003, pag. 95, **Verginia Vedinaș**, *Drept Administrativ*, Editura Universul Juridic, ed a 4-a, București 2009, pag.390, **Jean Vermeulen**, *Statutul funcționarilor publici*, București, Institutul de Arte Grafice Vreamea, 1933, pag 309.

Noțiunea de serviciu public deconcentrat. Prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 37 din 22 aprilie 2009

1. Noțiunea de deconcentrare, descentralizare și serviciu public deconcentrat.

Conform art. 120 din Constituția României „ administrația publică locală din unitățile administrativ teritoriale se întemeiază pe principiile⁴ descentralizării, autonomiei locale și deconcentrării serviciilor publice”.

Actuala lege a descentralizării⁵ în art.2 lit. j definește **deconcentrarea** ca fiind: *“redistribuirea de competențe administrative și financiare de către ministerele și celelalte organe de specialitate ale administrației publice centrale către propriile structuri de specialitate din teritoriu”*.

În ceea ce privește sintagma ”descentralizarea serviciilor publice”⁶ utilizată în varianta inițială a Constituției, după cum doctrina s-a grăbit să precizeze imediat după intrarea ei în vigoare, strict științific era vorba de fapt despre “ deconcentrarea serviciilor publice” pentru că erau avute în vedere în primul rând *serviciile exterioare ale ministerelor*, adică ramificațiile în teritoriu ale ministerelor, ce rămân pe mai departe subordonate acestora, pe verticală și prefectului pe orizontală.

În plus mai putea fi vorba despre înființarea unor servicii publice la nivelul colectivităților locale.

Serviciile publice deconcentrate sunt structuri administrative prin care ministerele și celelalte organe centrale își realizează competența pe întreg teritoriul țării și își îndeplinesc atribuțiile conferite de lege.

³ Verginia Vedinaș, *Drept Administrativ*, Editura Universul Juridic, ed a II-a, București 2006, p.317.

⁴ Legea nr.215/2001 privind administrația publică locală completează aceste trei principii și adaugă: principiul eligibilității autorităților administrației publice locale, principiul legalității și al consultării cetățenilor în soluționarea problemelor locale de interes deosebit.

⁵ Legea nr. 195/2006, Legea-cadru a descentralizării (publicată în Monitorul Oficial nr. 453/25.05.2006

⁶ Antonie Iorgovan, *Tratat de Drept administrativ*, Vol I, ed 4, Ed All Beck, București 2005, p. 459

Constatăm astfel că un efect al deconcentrării este acela că puterea centrală renunță la o parte din prerogativele sale, pe care le distribuie unor autorități publice locale.⁷

Datorită faptului că între puterea centrală și cea din teritoriu există un raport de subordonare ierarhică, autoritatea deconcentrată este sub dependența unui superior ierarhic care deține deplin drept de a-i anula deciziile.⁸

2. Aspecte legate de publicarea în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 264 din 22 aprilie 2009 a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 37 din 22 aprilie 2009 privind unele măsuri de îmbunătățire a activității administrației publice.

Exemplificăm pe scurt structura ordonanței în sensul că aceasta are un număr de cinci articole care cuprind referiri la Statutul funcționarilor publici, Statutul funcționarilor didactici și alte prevederi etc.

2.1. Prin acest act normativ se modifică Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, stabilind că organizarea concursului de recrutare pentru funcțiile publice vacante din cadrul autorităților și instituțiilor publice centrale și locale, autorităților administrative autonome, precum și pentru serviciile publice deconcentrate ale ministerelor și ale celorlalte organe de specialitate ale administrației publice centrale din unitățile administrativ-teritoriale se realizează astfel: de comisia numită prin decizie a primului ministru, potrivit legii, pentru înalții funcționari publici; de Agenția Națională a Funcționarilor Publici, pentru ocuparea funcțiilor publice de conducere generale și specifice, cu excepția funcțiilor publice de secretar al comunei, șef serviciu și șef de birou; de autoritățile și instituțiile publice în al căror stat de funcții se află funcția publică vacantă, pentru funcțiile publice de conducere de secretar al comunei, șef serviciu și șef birou și pentru toate funcțiile publice de execuție.

2.2. De asemenea se modifică și lista funcțiilor publice de conducere, care va cuprinde, printre altele, următoarele funcții: director din cadrul autoritatilor administrative autonome, din aparatul ministerelor si al celorlalte organe de specialitate ale administratiei publice centrale, precum director executiv in cadrul institutiei prefectului, in cadrul autoritatilor administratiei publice locale și al instituțiilor publice subordonate acestora; director adjunct din cadrul autoritatilor administrative autonome, din aparatul ministerelor si al celorlalte organe de specialitate ale administratiei publice centrale, director executiv adjunct in cadrul institutiei prefectului, in cadrul autoritatilor administratiei publice locale si al institutiilor publice subordonate acestora.

2.3. Tot prin această ordonanță este completată și Legea nr. 128/1997 privind Statutul personalului didactic, pentru ca inspectorii generali și adjuncți, precum și directorii caselor corpului didactic să poată fi schimbați și ei.

Astfel, se prevede ca numirea inspectorului școlar general, a inspectorului școlar general adjunct și a directorului Casei Corpului Didactic se face prin ordin al ministrului educației, cercetării și inovării. În acest sens, inspectorul școlar general și directorul Casei Corpului Didactic încheie cu ministrul educației, cercetării și inovării un contract de management educațional pe termen de maximum 4 ani, care cuprinde direcțiile și obiectivele din strategia de educație, în concordanță cu obiectivele din Programul de guvernare, acestea urmând a fi actualizate trimestrial.

Contractele de management educațional, încheiate în temeiul Legii nr. 128/1997, în derulare își vor înceta efectele în termen de 15 zile de la data intrării în vigoare a ordonanței de urgență, care coincide cu data publicării sale.

⁷ Dana Apostol Tofan, *Drept Administrativ*, Vol I, ed. a 2a Ed CH Beck, București 2008, p.258

⁸ Verginia Vedinaș, *Drept Administrativ*, Editura Universul Juridic, ed a 4-a, București 2009, p.390

2.4. În textul ordonanței nu se precizează ce se întâmplă cu acești funcționari publici din moment ce li se desființează funcțiile în termen de 32 zile de la data intrării ei în vigoare, adică 22 aprilie 2009

Art. III alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 37/2009 stipulează că funcțiile publice, funcțiile publice specifice și posturile încadrate în regim contractual, care conferă calitatea de conducător al serviciilor publice deconcentrate ale ministerelor și ale celorlalte organe ale administrației publice centrale din unitățile administrativ-teritoriale prevăzute în anexa la aceasta ordonanță, precum și adjuncții acestuia, se desființează în termen de 32 de zile de la data intrării ei în vigoare.

Putem doar să deducem pe bază de raționament juridic, coroborând mai multe texte de lege din Codul muncii și Statutul funcționarilor publici, care sunt posibilitățile legale pe care le va avea funcționarul public în cauză pentru că el rămâne în continuare funcționar public, i se desființează doar postul.

Începând cu data de 22 aprilie, conform alin. (11) al art. III din aceeași ordonanță funcționarilor publici și încadrat în regim contractual, care ocupă posturile mai sus indicate, li se vor aplica în mod corespunzător dispozițiile legale cu privire la încetarea raporturilor de serviciu, respectiv a raporturilor de muncă prevăzute în Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicată, cu modificările și completările ulterioare, respectiv în Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, cu modificările și completările ulterioare. Se poate interpreta în aceeași ordine de idei că devin incidente prevederile art. 99 alin. (1) lit. b), alin. (3) și alin. (5)-(7) din Legea nr. 188/1999. Potrivit acestor texte de lege, în perioada de preaviz, de 30 de zile calendaristice, dacă în cadrul autorității sau instituției publice există funcții publice vacante corespunzătoare, persoana care are competența legală de numire în funcția publică are obligația de a le pune la dispoziția funcționarilor publici afectați de dispozițiile ordonanței menționate.

În situația în care nu există funcții publice vacante corespunzătoare în cadrul autorității sau instituției publice, autoritatea ori instituția publică are obligația de a solicita Agenției Naționale a Funcționarilor Publici, în perioada de preaviz, lista funcțiilor publice vacante. Dacă nu există o funcție publică vacantă corespunzătoare, identificată în perioada de preaviz, funcționarul public va fi transferat în interesul serviciului sau la cerere. Preluarea posturilor vacante trebuie să se facă în termen de o lună, adică până cel târziu în data de 23 mai..

2.5 În anexa actului normativ în cauză sunt enumerate 40 de servicii deconcentrate⁹ din subordinea a 11 ministere unde urmează să se facă destituiri ale directorilor generali, a adjuncților

⁹ La nivelul Municipiului București există un număr de 32 de servicii publice descentralizate, conform <http://www.prefecturabucuresti.ro/servicii-publice-deconcentrate/index.html>, astfel: Agenția Municipală pentru Ocuparea Forței de Muncă București, Casa de Pensii a Municipiului București, Direcția de Muncă, Solidaritate Socială și Familie București, Agenția de Protecție a Mediului București, Autoritatea de Sănătate Publică a Municipiului București, Direcția Generală a Finanțelor Publice a Municipiului București, Direcția Generală de Poliție a Municipiului București, Direcția Municipiului București a Arhivelor Naționale, Inspectoratul Școlar al Municipiului București, Direcția Sanitară Veterinară și pentru Siguranța Alimentelor București, Direcția Regională de Statistică a Municipiului București, Direcția pentru Sport a Municipiului București, Direcția pentru Cultură, Culte și Patrimoniu Cultural Național a Municipiului București, Direcția pentru Agricultură și Dezvoltare Rurală București, Inspectoratul pentru Situații de Urgență "Dealul Spirii" al Municipiului București, Oficiul de Cadastru și Publicitate Imobiliară al Municipiului București, Inspectoratul Regional pentru Protecția Consumatorilor București-Ilfov, Direcția de Inspecție și Control a Persoanelor cu Handicap, Inspectoratul Teritorial de Muncă al Municipiului București, Inspectoratul Teritorial de Regim Silvic și de Vânătoare București, Direcția Generală de Jandarmi a Municipiului București, Oficiul de Mobilizare a Economiei și Pregătirea Teritoriului pentru apărare din Municipiul București, Inspectoratul în Construcții al Municipiului București, Agenția de Plăți și Intervenție în Agricultură, Direcția Regională pentru Accize și Operațiuni Vamale București, Garda Financiară – Secția București, Direcția Regională de Metrologie Legală București, .Autoritatea Rutieră Română Agenția – București, Comisariatul

și șefilor de servicii (Ministerul Sănătății, Ministerul Culturii, Cultelor și Patrimoniului Național, Ministerul Întreprinderilor Mici și Mijlocii, Comerțului și Mediului de Afaceri, Ministerul Tineretului și Sporturilor¹⁰, Ministerul Finanțelor Publice, Ministerul Agriculturii¹¹, Pădurilor și Dezvoltării Rurale, Ministerul Mediului¹², Secretariatul General al Guvernului, Ministerul Economiei¹³ și Ministerul Comunicațiilor și Societății Informaționale).

2.6. Un alt element de noutate pe care îl aduce această ordonanță îl reprezintă faptul că șefii serviciilor deconcentrate ale ministerelor vor fi numiți în baza unui proiect de management și a unui contract care va cuprinde indicatorii de performanță pe care trebuie să-i îndeplinească în exercitarea funcției. Astfel, se desființează concursul.

Până la momentul apariției acestei ordonanțe, ocuparea unei funcții publice se făcea prin concurs, ¹⁴promovare, transfer, redistribuire dar și prin alte modalități prevăzute de lege. Condițiile de participare și procedura de organizare a concursului se stabilesc prin lege. Anunțul privind concursul se publică în Monitorul Oficial al României și într-un cotidian de largă circulație cu cel puțin 30 de zile înainte de data desfășurării concursului. Concursul are la bază principiul competiției deschise, transparenței, meritelor profesionale și competenței, precum și cel al egalității accesului la funcțiile publice pentru fiecare cetățean care îndeplinește condițiile legale.

Conform prevederilor acestei Ordonanțe Contractul de management va fi asimilat contractului individual de muncă și conferă titularului vechime în munca și în specialitate.

În ordonanță s-a precizat ca "evaluarea cunoștințelor și aptitudinilor manageriale pe baza unor proiecte de management se organizează de ordonatorii principali de credite în subordinea, în coordonarea sau sub autoritatea cărora funcționează serviciile publice deconcentrate respective."

În actul normativ s-a introdus o prevedere cu privire la recomandarea pe funcții, astfel încât să fie excluși din start intrușii politici dar, practic, tot ceea ce este în subordinea acestor ministere se politizează atâta timp cât perioada pentru care se încheie contractul de management este de 4 ani.

Față de durata contractului de management de 4 ani putem afirma că stabilitatea în funcție -principiul ce guvernează în funcția publică este puternic afectată. Principiul stabilității în funcție este strâns legat de dreptul la carieră al funcționarilor publici. Stabilitatea ca și inamovibilitatea

București al Gărzii Naționale de Mediu, Direcția pentru Tineret a Municipiului București, Inspectoratul Social Regional București, Oficiul Teritorial pentru Întreprinderi Mici și Mijlocii și Cooperatie București

¹⁰ Ministerul Tineretului și Sportului are în subordine direcțiile județene pentru sport, direcțiile județene pentru tineret, complexurile sportive naționale și municipale, cluburile sportive municipale și orașenești, casele de cultură studențești, iar Ministerul Finanțelor - direcțiile generale ale finanțelor publice județene, direcțiile regionale și județene pentru accize și operațiuni, secțiile județene ale Gărzii Financiare

¹¹ În subordinea Ministerului Agriculturii sunt direcțiile județene pentru agricultură și dezvoltare rurală, inspectoratele teritoriale pentru calitatea semințelor și a materialului săditor, inspectoratele teritoriale de regim silvic și de vânătoare, centrele județene de plăți și intervenție pentru agricultură, oficiile județene de consultanță agricolă și cele pentru ameliorare și reproducție în zootehnie, oficiile de plăți pentru dezvoltare rurală și pescuit, oficiile de studii pedologice și agrochimice județene și direcțiile silvice județene.

¹² Ministerul Mediului răspunde de agențiile regionale și județene de protecție a mediului, comisariatele regionale și județene ale Gărzii de Mediu, organismele intermediare regionale pentru POS Mediu și de direcțiile de ape regionale și județene ale Autorității Apele Române.

¹³ Ministerul Economiei are în subordine filialele teritoriale ale Agenției Române pentru Conservarea Energiei, Ministerul Educației - inspectoratele școlare județene, iar Secretariatul General al Guvernului - direcțiile sanitar-veterinare și pentru siguranța alimentelor, direcțiile de statistică regionale și județene, unitățile teritoriale ale ANRM și inspectoratele teritoriale și regionale de stat în construcții.

¹⁴ Legea nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici, publicată în Monitorul Oficial al României Partea I nr.600/ 08.12.1999 republicată și modificată, art.51.

își au obârșia în nevoia găsirii unui instrument care să stopeze amestecul mereu crescând în administrație.¹⁵

În art.III alin 5 se precizează condițiile cumulative care trebuie îndeplinite de către șefii serviciilor deconcentrate ale ministerelor, conform prevederilor prezentei ordonanțe: are cetățenia română; cunoaște limba română scris și vorbit; are capacitate deplină de exercițiu; are o stare de sănătate corespunzătoare, atestată pe bază de examen medical de specialitate; are studii universitare de licență, respective studii superioare de lungă durată, absolvite cu diplomă; nu a fost condamnată pentru săvârșirea unei infracțiuni contra umanității, contra statului sau contra autorității, de serviciul sau în legătură cu serviciul, care împiedică înfăptuirea justiției, de fals ori a unei fapte de corupție sau a unei infracțiuni săvârșite cu intenție, cu excepția situației în care a intervenit reabilitarea; nu a desfășurat activitate de poliție politică; îndeplinește și alte criterii specifice stabilite de ordonatorul principal de credite în subordinea, în coordonarea sau sub autoritatea căruia funcționează serviciul public deconcentrat respectiv.

În final, nu putem să nu reținem termenul de 32 de zile care este acordat funcționarilor publici din serviciile publice deconcentrate cărora li se desființează funcțiile conform Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 37 din 22 aprilie 2009.

Textul ordonanței nu prevede însă conținutul contractului de management, care poate fi unul standard sau o nouă inovație așa cum a fost și însăși ordonanța.

Putem doar să presupunem că obiectul contractului de management în acest caz poate fi: organizarea, conducerea și administrarea serviciului public deconcentrat respectiv, în condițiile realizării unui management eficient și de calitate, pe baza unor indicatori de performanță și a unor obiective stabilite

Contractul de management se va încheia cu ordonatorii principali de credite în subordinea, în coordonarea sau sub autoritatea carora funcționează serviciul public deconcentrat, respectiv pe o perioadă de maximum 4 ani.

Concluzii

Evoluția societății românești va decide dacă este oportună această Ordonanță de urgență a Guvernului nr. 37 din 22 aprilie 2009, care a revoluționat modul de reglementare al funcției publice și a funcționarilor publici introducând contractul de management ca modalitate de ocupare a acestor funcții.

Carta Drepturilor Fundamentale¹⁶ care există la nivelul Uniunii Europene include dreptul la buna administrare ca drept fundamental al cetățenilor Uniunii, art.41.

La 06 septembrie 2001, Parlamentul European a adoptat Codul European de bună conduită administrativă¹⁷ pe care instituțiile și organismele Uniunii Europene, administrația și funcționarii acesteia trebuie să-l respecte în relațiile cu publicul.

Rămâne însă de văzut dacă prin această ordonanță care se vrea revoluționară, se va respecta dreptul cetățeanului la o bună administrare și lăsând deoparte implicațiile politice subtile ale acestui act normativ, noii funcționari publici “chiar își vor face treaba” cu profesionalism în mandatul lor managerial de 4 ani astfel încât cetățeanul, adică cel care plătește taxe și impozite, să nu sufere din “traseismul din 4 în 4 ani” al funcționarilor publici din cadrul serviciilor publice deconcentrate ale ministerelor și ale celorlalte organe ale administrației publice centrale din unitățile administrativ-teritoriale prevăzute în această ordonanță.

¹⁵ Jean Vermeulen, Statutul funcționarilor publici, București, Institutul de Arte Grafice Vremea, 1933, pag 309

¹⁶ Carta Drepturilor Fundamentale, publicată în JO 2007 C 303,

¹⁷ Codul European de bună conduită administrativă, Oficiul publicațiilor oficiale ale comunităților europene, L-2985, Luxembourg, 2002, ISBN 92-95010-42-6

Referințe bibliografice

Tratate. Studii. Monografii

1. Antonie Iorgovan, *Tratat de Drept administrativ*, Vol I, ed 4, Ed All Beck, București 2005, pag. 459
2. Dana Apostol Tofan, *Drept Administrativ*, Vol I, ed. a 2a Ed CH Beck, București 2008, pag.258
3. Cristian Ionescu, *Tratat de drept constituțional contemporan*, Ed All Beck, București 2003, pag. 95
4. Verginia Vedinaș, *Drept Administrativ*, Editura Universul Juridic, ed a 4-a, București 2009, pag.390.
5. Rene Chapus, *Droit administrative general*, Tome I, 7-edition, Paris, Montchrestien1992, pag.312.
6. Jean Vermeulen, *Statutul funcționarilor publici*, București, Institutul de Arte Grafice Vreamea, 1933, pag 309

Legislație

1. Legea nr.215/2001 privind administrația publică locală, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 204 din 23 aprilie 2001, actualizată
2. Legea nr. 195/2006, Legea-cadru a descentralizării (publicată în Monitorul Oficial nr. 453/25.05.2006, actualizată
3. Legea nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici, publicată în Monitorul Oficial al României Partea I nr.600/ 08.12.1999 republicată și modificată
4. Carta Drepturilor Fundamentale, JO 2007 C 303,
5. Codul European de bună conduită administrativă, Oficiul publicațiilor oficiale ale comunităților europene, L-2985, Luxembourg, 2002, ISBN 92-95010-42-6

JURISPRUDENCE AND THE JUDICIAL PRECEDENT OF THE EUROPEAN COURT OF LAW AS SOURCES OF LAW

Iulia BOGHIRNEA*
Elise VÂLCU**

Abstract

The positive influence of the constant court's practice is not only over the lower courts but, also, over the litigants, but in terms of predictability of law, confidence in the justice, stability, accessibility to justice, who, knowing the solution given in a similar case, complies with and submits before the presumed sentence, without reaching the court, thus reducing the uncertainty and helping those who reach to the courts to plan their activities with a minimum of risk. Previous records have almost equal importance with the law for parties in dispute to have a treatment applied by the courts in administering justice and to provide the results of judicial review.

Keywords: *European Court of Justice, jurisprudence, judicial precedent, sources of law*

1. Introduction

In literature there is no uniform classification of the sources of Community law. There are two main categories of sources of law: primary/originating sources and secondary/derived sources. Literature holds as regards the European Court of Justice, which it is a Community institution that contributes to the goals put in front of the treaties, treaties which they interpreted and applied in the light of the Community law, having the monopoly of interpretation, which in law are mandatory, it is thus supreme authority invested in these treaties.

2. Brief consideration of the conferring the quality of sources of law case law and previous court

Justice is in a continuous process of changing and becoming more European.

Under the influence of the Anglo-American law, judicial precedent has become one of the basic sources of international law. Thus, it increases the role of the international courts, particularly of the International Court of Justice, so that these decisions are binding on the states concerned (Art 59 of the Statute of the International Court of Justice states that "the Court's decision has binding force only between the parties in dispute and for the litigation that settles."). The enhancement of the role of the precedent has led to the necessity of determining the ratio between the international jurisdiction - national jurisdiction - state sovereignty, which is traditionally considered as a prerogative of the state.

The European Court of Justice in Luxembourg (The name used for this Community institution is controversial in literature. Thus, in the first sense, was used the name of "Court of Justice of the European Communities" recital on its functioning in the three European

* Lecturer, Ph.D., Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Pitesti (e-mail: iuliaboghirnea@yahoo.com).

** Lecturer, Ph.D., Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Pitesti (e-mail: elisevalcu@yahoo.com).

Communities, (two European Communities following the cessation of the ECSC in 2002) and also having textual provision to that effect, referred to in the institution treaties. According to a second opinion, the name of the “European Court of Justice” seems to be an entitling “anchored” at present, the reality of the European Union which tends to include all the states of the latter. It should be noted that the provisions inserted in the Draft of the European Constitution, the Court of Justice of the European Communities was renamed the Court of Justice of the European Union entitling taken by the Treaty of Lisbon in art 9F., Valcu 2009, 211) was the sole and only jurisdiction since 1957 from the creation of the European Communities before the establishment of the Court of First Instance (CFI) (It was created by a Council decision on 24 October 1988 OJEU series L, no. 319 of 25 November 1988), which operates in addition, as auxiliary of the Court of Justice (Art. 168 A a C.E.E. and 32 quinto C.E.C.O.) and whose decisions are subject the control of the first.

The European Court of Justice is not only a judicial body (Such as the International Court of Justice, according to Art. 92 of the Charter of the United Nations) or judicial authority (Isaac and Blanquet 2001, 253), but is a true *Community judicial power* (Militaru 2004, 43). There is no authority that has the power to penalize its irrevocable decisions invested with the *res judicata* authority.

We can now ask the following questions: if the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities is the source of law? What practical importance has using of the jurisprudence as a source of law in the decisions taken by the national court? This would be an additional instrument, which can improve the Romanian legal practice?

Outside the sources of the Community’s law, another, not negligible, is composed of the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities in Luxembourg and of the Court of First Instance (CFI) which is an essential source of law whereas these institutions, including the powers with which they have been endowed have the one to address the existing gaps in treaties and to control the correct application of the Community’s law (Voicu 2007, 47; Cartou 1991, 120). As a result of these powers, the Court of Justice of the European Communities brings an important contribution to the constant development of the Community’s law.

Given that this entity is a Community institution, that it contributes to the goals put by the treaties in front of the Communities, treaties which they interpret and apply in the light of the Community’s law, that has the monopoly over the interpretations, which in legal terms are mandatory, thus it is the supreme authority invested by these treaties, the Court of Justice and its efforts acquires a special value (Moroianu-Zlatescu and Demetrescu 2005, 89), regardless of the foundation acknowledged to its normative capacity.

To give a uniform interpretation of the Community’s law, useful to the legislature, especially to the almost 500 million citizens who want to exercise their freedoms conferred by the Treaties, and in case of dispute they address to the national courts, a certain consistency to the jurisprudence of the Court is required. In over 50 years of existence, the Court has been consistent in promoting the European integration and interpretation of the legislation in favor of exercising the freedoms by the citizens and the economic operators, driver of the Single Market.

There are many means by which the existing case law is used to solve current cases. The experience of each judge helps enrich the jurisprudence of the Court, by the intake of information from its own system of law, doctrine and national case law (For maintaining a uniform approach, a very useful method is the weekly general meeting of the members of the Court, in which are discussed in detail prior information of the new cases pending before it, before it decides which formation is best suited for solving each case).

The construction of this building which is the European Union is not perfect and therefore, the Court must keep pace with developments in the economic, political and technical society. As

such, the jurisprudence knows, sometimes, changes of approach, which are carefully explained in the reasoning (Toader).

Each application of the law requires interpretation, which means that, in one way or another, the rules are improved and supplemented. So that new rules are promoted, which, although only binds only the parties in litigation, in practice have wider implications. While the authority of a legal decision is limited to the parties in dispute, however it has an indirect creative effect of law, in justifying their decisions the judges indicate how they will resolve similar disputes.

Regarding the *method of interpretation* used by the Court, is observed the prevalence of the systemic method (has in view the general context of the regulations in this field) and teleological (considering the object and purpose of the legal provision) in relation to the literal interpretation. It seems clear that the rule according to which the main role of the ECJ is to provide (mandatory) interpretation of the law in *lato sensu* the sole competent authority in this respect, from the perspective of ensuring an uniform application in all Member States of Community law.

Using these two methods of interpretation - systemic and teleological - is given to the Court an interpretative power confirming *the creation of law*, because its role is not only to make a disposition available and to produce immediate effect, but also to serve as the basis for this recognition of the new rules, considered necessary for its full effectiveness. The interpretation of law would be as more necessary as the law is more general and gaps more present. In this context, the jurisprudence of the Court of Justice is an essential source of law whereas in numerous problems it completes the provisions of the Treaty, while ensuring their compliance (Manolache 2003, 36-37).

In particular, in some areas of the Community law, the Court's case law could be regarded as an important source of law, given the lack of regulation or the lacunas in the legislation, such as in matters of competition relative to the validity of the new agreements after entry into force of Regulation No. 17/62 (Valcu and Delcea, 2006, 218). In other cases, the Court referred expressly to its own previous decisions to basis of the new decisions (*Società Sadam and others c. Comitato Interministeriale dei Prezzi and others*, the preliminary decision of 26 February 1976, in the ECR 1976, 323 și C. 48/75, *Jean Noël Royer*, the preliminary decision of 8 April 1976, in the ECR, 1976, 497), while in other cases it has decided that it is not bound by its previous decisions and that national courts are entitled to request a preliminary ruling nine if will not follow once a decision on an issue similar to a previous question (Dehousse, 1998, 74).

To the jurisprudence of the European Court we owe an extensive interpretation based on treaties' purpose, on the fundamental rules of the internal market such as free movement of individuals, services or non-discrimination between the EU citizens but also the affirmation of the cardinal principles of the Community legal order, such as the primordially (The *principle of the priority of the Community law* has a case-law nature and is the second principle of the relationship between domestic and Community law. This principle implies preeminence of the latter and involves the application of the Community law over the domestic law, fully inapplicable if it is contrary to the Community rules. ECJ, 9.03.1978, Simmenthal. The Romanian Constitution has recognized, after the constitutional review of 2003, this priority of the derived Community law, regulating in art 148 Para 2 that "the other Community rules with binding character have priority over the contrary provisions of the national laws, compliance with the provisions of the Act of Accession. Dogaru et al. 2008, 78) and the direct effect (The *direct effect of the Community law principle* is quite exceptional, the exception and the rule is reversed, unlike the classical international law, where the rule is made by creating rights and obligations for states, to the legal issues in the legal order of states are not applicable the Treaties. The foundation of the direct application of the derived Community law is not in the Treaties. The principle has a case-law

nature – see ECJ, 5.02.1963, Van Gend en Loos, aff 26/62, Rec. 1963, in *Grand textes*, p 258-260. The direct applicability has, in principle, the consequence of stripping Member States of all the possibilities to intervene with regard to Community law's provisions. Thus, the Community law being directly applicable it creates private's rights and obligations which they can invoke before the domestic judge. ECJ, 9.03.1978, Simmenthal. Dogaru et al. 2008, 78.), producing a creative act of judicial legislation (Manolache 2003, 46), and the establishment of general principles of law (principle of equality as a general principle, the fundamental human rights, the principle of proportionality) (Blumann and Dubois 2007, 423-424). Some concepts of law as “direct effect”, “priority of the Community law”, “autonomy” or “rule of the Community law”, “direct applicability”, and “national jurisdiction” (ECJ, 30 June 1966, Case 65/61, *Vaassen-Gobbels*, ECJ, 19 October 1995, Case C-111/94, *Job Centre Cooperative*, etc) are the work of the Court of Justice or have been improved by it.

Recognizing the case law of the European Court of Justice may give rise to an appeal for annulment (Para. 2 of the Protocol 7 annexed to the Treaty of Amsterdam establishes the Communitarian Aquis, and especially the Court of Justice's principles, which rank in the top of the derivative law's pyramid, regarding the national and Community law) (Masson 2008, 55). Regarding how it interprets the law the solutions given by the Court are binding (Manolache 2003, 45).

However, it must be recognized that the interpretation and application of the Treaties in line with the Community law, the rules contained therein, is made through the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities for being at the latitude of the is the Community order to include the case-law right with all the other sources (the imprecise and incomplete character of the rules contained in treaties, the rigidity of the primary law, etc.). That skill corresponds to that of the Court of Justice to create the right. Exercising by the Court of that “normative mission” is singularized by using dynamic methods of interpretation as well as by a wide use of the general principles of law (Furea 2006, 31).

The interpretation of law would be all the more necessary as the law is more general and gaps more present. In this context, the case law of the European Court of Justice is an essential source of law whereas in numerous problems it completes the Treaties, while ensuring their compliance.

In the European doctrine, an author believes that “the importance of precedents in Court decisions is essential” (Berger, 2000, IX). The Court in Strasbourg is the supreme and sovereign interpret of the European Convention on Human Rights, which applies directly in the Member States of the Council of Europe, including Romania. It plays an important role in the European states' legal life “its judgments generating, often, changes in legislation, in law or practice, especially in the field of the judicial process and public freedoms” (Lecont, 1991, 361).

By comparison between the judgments of the Court of Justice of the European Communities, on the one hand and judicial precedent, specifically to the common law, we can conclude that the Community law is not a law of case (case law), but must be recognized that the interpretation and application of the rules contained in the Community treaties is made exclusively through the Court of Justice in Luxembourg (Up to what limit the Court of Justice differ, in practice, from the English courts in relation to precedent? The British doctrine of the case law is less binding and more flexible than would appear at first sight. Despite the lack of a formal doctrine of obligation, the insurances of the Court of Justice for the development and maintenance of legal principles determine that its decisions have a high degree of consistency. Probably the major difference between the Court of Justice and the UK courts, at a practical level, is that it is impossible to conceive a Court of Justice against its ratios, just that there is a prior decision that underlies its own decision today; McLeod 2005, 231).

In settling a case, the Court of Justice of the European Communities expressly refers to his own judgments, the basis for new resolutions, but in other situations in which it decided that it is not bound by its previous decisions and that national courts are entitled to request a new preliminary decision, if they will not follow a decision issued in a similar case. These courts are free to use, during trial proceedings, the Court's preliminary decisions without consulting it, even if the dispute is in the last resort and should, normally, require entry of a preliminary decision on all questions of Community law in question (Manolache 2003, 46.).

The parties to a dispute may invoke before national courts (including the House of Lords in England), the decisions of the Court of Justice of the European Communities which are binding on Member States. Thus, in relation to art 114 of the Treaty of Rome, the obligation on Member States to ensure that men and women receive equal pay for equal work, the Court held that the provision cannot be regarded only as imposing obligations of Member States, but also in the meaning of providing a right of people affected, which can be invoked directly before the national courts, whether or not a Member State has taken measures under the Treaty (Dehousse 1998, 63).

The rationale for previous judicial decisions can enhance predictability and legal certainty and acceptance of the judgments by the litigants. The ECJ seeks how its case law is reflected in the decisions of the national courts, especially the supreme ones (Thus, art 501 Para 4 of the draft of the Code of Civil Procedure provides that in the adoption of a decision given in the interest of the law by High Court of Cassation and Justice, the preliminary report prepared by three judges appointed by the president of the court will contain different solutions to the problem of law and basing arguments, the relevant jurisprudence of the Constitutional Court, the European Court of Human Rights or the Court of Justice of the European Communities). Therefore, in order to strengthen the judicial cooperation in the European Union, the on-line access to all judgments in the Member States is indispensable (Toader).

3. Conclusions

We hold that the solutions given by ECJ are required regarding the way in which construed the law. Also, is allowed the trend to give due importance to this community institutions, as the experience of each judge to help enrich the jurisprudence of the Court, the intake of information from its own system of law, doctrine and national law.

References

1. VALCU, Elise. 2009. *Drept comunitar instituțional*, Craiova: Sitech Publishing-house.
2. ISAAC Guy, BLANQUET Marc. 2001. *Droit communautaire général*, 8th Edition, Paris: Dalloz Publishing-House.
3. MILITARU Ioana Nely. 2004. „*Competența Curții Europene de Justiție*”, The Comunitarian Romanian Law Reveiw No. 1.
4. VOICU Marin. 2007. *Introducere în dreptul comunitar*, Bucharest: Universul Juridic Publishing-house.
5. CARTOU Louis. 1991. *Communautés Européennes*, Paris: Dalloz Publishing-house.
6. MOROIANU–ZLĂTESCU Irina, DEMETRESCU Radu. 2005. *Drept instituțional comunitar și drepturile omului*, Bucharest: The Romanian Institute for Human Rights.
7. TOADER Camelia, *Despre C.J.C.E., jurisprudență și judecători*, <http://www.juridice.ro/interviuri/39004.html>
8. MANOLACHE Octavian. 2003. *Drept comunitar*, 4th Edition, Bucharest: All Beck Publishing-house
9. VÂLCU Elise, DELCEA Mihai. 2006. *Elemente de drept comunitar din perspectiva Proiectului de Constituție Europeană*, Craiova: Sitech Publishing-house.
10. *Societă Sadam and others c. Comitato Interministeriale dei Prezzi and others*, the preliminary decision of 26 February 1976, in the ECR 1976, 323 și C. 48/75, *Jean Noël Royer*, the preliminary decision of 8 April 1976, in the ECR, 1976, 497
11. DEHOUSSE Renaud. 1998. *The European Court of Justice*, Hamshire and London: MacMillan Press Ltd. Moundmills, Basingstoke.
12. DOGARU Ion, POPA Nicolae, DĂNIȘOR Dan Claudiu, CERCEL Sevastian. 2008. *Bazele dreptului civil*, I Volume, *Teoria generală a dreptului*, Bucharest: C.H Beck Publishing-House.
13. BLUMANN Claude, DUBOIS Louis, 2007. *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris: Litec Publishing-house.
14. MASSON Antoine, 2008. *Droit communautaire. Droit institutionnel et matériel. Théorie, exercices et éléments de méthodologie*, Bruxelles: Larcier Publishing-house.
15. FUEREA Augustin, 2006. *Drept comunitar al afacerilor*, Bucharest: Universul Juridic Publishing-house.
16. BERGER V., 2000. *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, 3rd Edition, Bucharest: The Romanian Institute for Human Rights.
17. LECONT R., 1991. *Quel eut été le droit des Communautés sana les arrêts de 1963 et 1964*, Paris : Dalloz.
18. McLeod Ian, 2005. *Legal method*, 6th Edition, New York: Palgrave Macmillan Publishing-house.

JURISPRUDENȚA ȘI PRECEDENTUL JUDICIAR AL CURȚII EUROPENE DE JUSTIȚIE CA IZVOARE ALE DREPTULUI

Iulia BOGHIRNEA*
Elise VÂLCU**

Abstract

Influența pozitivă a practicii judiciare constante nu este doar asupra instanțelor inferioare ci și asupra justițiabililor în materie de predictibilitate a dreptului, încredere în justiție, stabilitate, accesibilitate la justiție, care, cunoscând soluția dată într-un caz asemănător, se conformează și se supun dinainte sentinței prezumate, fără să mai ajungă astfel în fața justiției, reducându-se incertitudinea și ajutându-i pe cei care ajung în contact cu instanțele judecătorești să-și planifice activitățile cu un minim de risc. Precedentul judiciar să aibă o importanță aproape egală cu legea, pentru ca părțile în litigiu să aibă un tratament egal aplicat de instanțele de judecată în administrarea justiției și pentru a putea să prevadă rezultatele actului jurisdicțional.

Keywords: Curtea Europeană de Justiție, jurisprudență, precedent judiciar, izvoare ale dreptului

1. Introducere

În literatura de specialitate nu există o clasificare unitară a izvoarelor dreptului comunitar. Se disting două categorii esențiale de izvoare ale dreptului comunitar: izvoare primare/originare și izvoare secundare/derivate.

Literatura de specialitate reține în ceea ce privește Curtea Europeană de Justiție, că acestea are calitatea de instituție comunitară și că contribuie la îndeplinirea obiectivelor puse de tratate în fața Comunităților, tratate pe care le interpretează și le aplică în lumina dreptului comunitar, având monopolul interpretărilor, care din punct de vedere juridic sunt obligatorii, că este, astfel, suprema autoritate în materie investită de aceste tratate.

2. Scurte considerații privind elementele ce conferă calitatea de izvoare de drept comunitar jurisprudenței și precedentului judiciar

Justiția se află într-un proces continuu de schimbare și devine din ce în ce mai europeană.

Sub influența sistemului de drept anglo-american, precedentul judiciar a devenit unul din izvoarele de bază ale dreptului internațional. Crește rolul instanțelor judiciare internaționale, în special, a Curții Internaționale de Justiție, astfel că aceste hotărâri au un caracter obligatoriu pentru statele în cauză (Art. 59 din Statutul Curții Internaționale de Justiție prevede că „Decizia Curții nu are forță obligatorie decât între părțile în litigiu și numai pentru cauza pe care o soluționează”). Creșterea rolului precedentului judiciar a condus la necesitatea determinării raportului dintre jurisdicția internațională – jurisdicția națională – suveranitatea de stat, acestea fiind, în mod tradițional, considerate drept o prerogativă internă a statului.

* Lector universitar doctor, Facultatea de Științe Juridice și Administrative, Universitatea din Pitești (e-mail: iuliaboghirnea@yahoo.com).

** Lector universitar doctor, Facultatea de Științe Juridice și Administrative, Universitatea din Pitești (e-mail: elisevalcu@yahoo.com).

Curtea Europeană de Justiție de la Luxemburg (Titlatura folosită pentru această instituție comunitară este controversată în literatura de specialitate. Astfel că, într-o primă accepțiune, s-a folosit titlatura de «Curtea de Justiție a Comunităților Europene» pe considerentul funcționării acesteia în cadrul celor trei Comunități Europene, (două Comunități Europene ca urmare a încetării activității CECO în iulie 2002) având de altfel și o prevedere textuală în acest sens, menționată în tratatele institutive. Conform unei a doua opinii, denumirea de « Curtea Europeană de Justiție » pare a fi o titlatură «ancorată» în prezent, în realitatea unei Uniunii Europene care tinde să cuprindă toate statele acesteia din urmă. Trebuie menționat faptul că, prin prevederile inserate în Proiectul de Constituție Europeană, Curtea de Justiție a Comunităților Europene a fost redenumită Curtea de Justiție a Uniunii Europene titlatură preluată și de Tratatul de la Lisabona în art.9F.; a se vedea în acest sens, Vâlcu 2009, 211) a fost unica și singura jurisdicție din 1957 de la crearea Comunităților Europene până la înființarea Tribunalului de Primă Instanță (T.P.I.) (A fost creat prin decizia Consiliului la 24 octombrie 1988 JOCE seria L, nr. 319 din 25 nov.1988), care funcționează pe lângă aceasta, fiind auxiliar Curții de Justiție (Art. 168 A a C.E.E. și 32 quinto C.E.C.O) și ale cărui decizii sunt supuse controlului acesteia.

Curtea Europeană de Justiție nu este numai un organ judiciar (cum este Curtea Internațională de Justiție, potrivit art. 92 din Carta Națiunilor Unite) sau o autoritate judiciară (Isaac and Blanquet 2001, 253), ci este o veritabilă *putere judiciară comunitară* (Militaru 2004, 43). Nu există nicio autoritate care să aibă puterea a-i sancționa deciziile sale irevocabile investite cu autoritatea lucrului judecat.

Putem pune acum întrebările următoare: dacă la nivelul Curții de Justiție a Comunității Europene jurisprudența este izvor de drept? Ce importanță practică are folosirea jurisprudenței ca izvor de drept în luarea deciziilor de către judecătorul național? Ar fi aceasta un instrument suplimentar, care poate îmbunătăți practica judiciară românească?

În afara izvoarelor dreptului comunitar, un altul, deloc neglijabil, este format din jurisprudența Curții de Justiție a Comunităților Europene de la Luxemburg și a Tribunalului de Primă Instanță (T.P.I.) care este un izvor esențial de drept întrucât aceste instituții, printru competențele cu care au fost înzestrate o au și pe aceea de a remedia lacunele existente în tratate și de a controla aplicarea corectă a dreptului comunitar (VOICU 2007, 47; CARTOU 1991, 120). Ca urmare a acestor competențe, Curtea de Justiție a Comunităților Europene își aduce o contribuție importantă la dezvoltarea constantă a dreptului comunitar.

Ținând seama însă că această entitate are calitatea de instituție comunitară, că ea contribuie la îndeplinirea obiectivelor puse de tratate în fața Comunităților, tratate pe care le interpretează și le aplică în lumina dreptului comunitar, că are monopolul interpretărilor, care din punct de vedere juridic sunt obligatorii, că este, astfel, suprema autoritate în materie investită de aceste tratate, Curtea de Justiție și demersurile sale capătă o valoare specială (Moroianu–Zlătescu and Demetrescu 2005, 89), indiferent de fundamentul recunoscut capacității sale normative.

Pentru da o interpretare unitară a dreptului comunitar, utilă atât legiuitorului, cât mai ales celor aproape 500 de milioane de cetățeni care vor să-și exercite libertățile conferite de Tratat și în caz de litigiu se adresează tribunalelor naționale, o anumită coerență a jurisprudenței Curții se impune. În cei peste 50 de ani de existență, Curtea a fost consecventă în a promova construcția europeană și interpretarea legislației comunitare în favoarea exercitării libertăților atât de către cetățeni, cât și de către operatorii economici, motor al Pieței Unice.

Există numeroase mijloace prin care jurisprudența existentă este valorificată pentru soluționarea cauzelor curente. Experiența fiecărui judecător contribuie la îmbogățirea jurisprudenței Curții, prin aportul de informații din propriul sistem de drept, doctrină și jurisprudență națională (Pentru păstrarea unei abordări unitare, o metodă extrem de utilă de lucru este tocmai reuniunea generala săptămânală a membrilor Curții, în cadrul căreia sunt dezbătute în

amănunt informațiile prealabile din noile dosare aflate pe rol, înainte de a se decide care este formațiunea cea mai potrivită pentru soluționarea fiecărui dosar).

Construcția acestui edificiu care este Uniunea Europeană nu este desăvârșită și, de aceea, Curtea trebuie să țină pasul cu evoluțiile societății, economice, politice, tehnice. Ca atare, și jurisprudența cunoaște, uneori, schimbări de abordare, care sunt însă explicate cu grijă în motivare (Toader).

Fiecare aplicare a dreptului necesită interpretare, care înseamnă că, într-un fel sau altul, regulile sunt perfecționate și suplimentate. Astfel că sunt promovate noi reguli, care, deși obligă numai părțile în litigiu, în practică au implicații mai largi. În timp ce autoritatea unei hotărâri judecătorești este limitată la părțile din litigiul respectiv, totuși ea are un efect indirect creator de drept deoarece, în justificarea deciziilor lor, judecătorii indică modul în care ei vor rezolva litigiile similare.

În ceea ce privește *metoda de interpretare* utilizată de Curte, se observă, astfel, preponderența metodei sistemice (se are în vedere contextul general al reglementărilor în domeniul respectiv) și teleologice (se analizează obiectul și scopul prevederii legale), în raport cu interpretarea literală. Reiese cu claritate că regula conform căreia rolul principal al C.J.C.E. este de a oferi interpretarea (obligatorie) dreptului comunitar *lato sensu*, fiind sigura autoritate competentă în acest sens, din perspectiva asigurării unei aplicări uniforme în toate statele membre a dreptului comunitar.

Folosirea celor două metode de interpretare – sistemică și teleologică – conferă Curții o putere interpretativă care confirmă *crearea dreptului*, deoarece rolul său nu constă numai în a face o dispoziție să-și producă efectul imediat, dar și de a se servi de aceasta ca bază pentru recunoașterea noilor norme, considerate necesare pentru deplina sa eficacitate. Interpretarea dreptului ar urma să fie cu atât mai necesară cu cât legea este mai generală și lacunele mai prezente. În acest context, se consideră că jurisprudența Curții de Justiție este un izvor esențial de drept întrucât în numeroase probleme ea completează și precizează dispozițiile Tratatului, concomitent cu asigurarea respectării lor (Manolache 2003, 36-37).

În concret, în unele domenii ale dreptului comunitar, jurisprudența Curții a putut fi considerată ca un important izvor de drept, având în vedere lipsa reglementării sau reglementarea lacunară, precum cea din materia concurenței relativ la validitatea noilor acorduri încheiate după intrarea în vigoare a Regulamentului nr. 17/62 (Valcu and Delcea, 2006, 218). În alte cazuri, Curtea face referire în mod expres la propriile hotărâri anterioare pentru fundamentarea noilor hotărâri (*Società Sadam and others c. Comitato Interministeriale dei Prezzi and others*, Hot., prelim. din 26 februarie 1976, în ECR 1976, 323 și C. 48/75, *Jean Noël Royer*, hot. prelim. din 8 aprilie 1976, în ECR, 1976, 497.), în timp ce în alte situații ea a decis că nu este obligată de hotărârile sale precedente și că tribunalele naționale sunt îndreptățite să ceară o nouă hotărâre preliminară dacă ele nu vor să urmeze o decizie dată asupra unei probleme asemănătoare într-o cauză anterioară (Dehousse, 1998, 74).

Jurisprudenței Curții Europene îi datorăm o interpretare extensivă bazată pe scopul tratatelor, pe normele fundamentale ale pieței interne cum ar fi: libera circulație a persoanei, prestarea serviciilor sau nediscriminarea între cetățenii U.E. ci și afirmarea principiilor cardinale ale ordinii juridice comunitare, cum ar fi: principiul primordialității (*Principiul priorității dreptului comunitar* este de natură jurisprudențială și cel de-al doilea principiu al raporturilor dintre dreptul intern și cel comunitar. Principiul presupune preeminența celui din urmă și implică aplicarea dreptului comunitar cu prioritate față de legea internă, inaplicabilă de plin drept dacă este contrară unei reguli comunitare. C.J.C.E., 9.03.1978, Simmenthal. Constituția noastră a recunoscut la nivel constituțional, după revizuirea legii fundamentale din 2003, această prioritate a dreptului comunitar derivat, reglementând în art. 148 alin. 2 faptul că „celelalte reglementări comunitare cu

caracter obligatoriu au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare Dogaru et al. 2008, 78) și efectului direct (*Principiul efectului direct a dreptului comunitar* este cu totul excepțională regula și excepția fiind inversate spre deosebire de situația dreptului internațional clasic, unde regula este crearea prin tratate de drepturi și obligații în sarcina statelor, subiectelor de drept din ordinea juridică a statelor semnatare nefiindu-le aplicabile dispozițiile tratatelor. Fundamentul aplicării directe a dreptului comunitar derivat nu se găsește în tratate. Principiul este de natură jurisprudențială - a se vedea C.J.C.E., 5.02.1963, van Gend en Loos, aff 26/62, Rec. 1963, în Grand textes, pp. 258-260. Aplicabilitatea directă are, în principiu, drept consecință depozedarea statelor membre de orice posibilitate de a interveni în ceea ce privește dispozițiile dreptului comunitar. Astfel, dreptul comunitar fiind direct aplicabil, creează particularilor drepturi și obligații pe care aceștia le pot invoca în fața judecătorului intern. C.J.C.E., 9.03.1978, Simmenthal. Dogaru et al. 2008, 78), realizând un act creativ de legislație judiciară (Manolache 2003, 46), ca și consacarea unor principii generale ale dreptului (principiul egalității ca principiu general, drepturile fundamentale ale omului, principiul proporționalității) (Blumann and Dubois 2007, 423-424). Unele concepte de drept comunitar precum „efectul direct”, „prioritatea dreptului comunitar”, „autonomia” ori „supremația dreptului comunitar”, „aplicabilitatea directă”, „jurisdicție națională” (C.J.C.E., 30 iunie 1966, Cauza 65/61, *Vaassen-Gobbels*, CJCE, 19 octombrie 1995, Cauza C-111/94, *Job Centre Cooperative ș.a*) sunt opera Curții de Justiție sau au fost perfecționate de către aceasta.

Recunoașterea jurisprudenței Curții de Justiție Europene poate să dea naștere unui recurs în anulare (parag. 2 din Protocolul nr. 7 anexat Tratatului de la Amsterdam consacră *aquis-ul comunitar* și mai ales principiile Curții de Justiție, care au un rang superior dreptului derivat în piramida normelor, în ceea ce privește dreptul național și dreptul comunitar) (Masson 2008, 55). În ceea ce privește modul în care interpretează dispozițiile dreptului comunitar soluțiile date de Curte sunt obligatorii (Manolache 2003, 45).

Însă, trebuie recunoscut faptul că interpretarea și aplicarea conformă cu Tratatul dreptului comunitar, a normelor cuprinse în acestea, se face numai prin intermediul jurisprudenței Curții de Justiție a Comunităților Europene căci este de latitudinea ordinii comunitare de a primi dreptul jurisprudențial între celelalte izvoare (caracterul imprecis și incomplet al regulilor conținute în tratate, rigiditatea dreptului primar ș.a.). Acestei aptitudini îi corespunde aceea a Curții de Justiție de a crea dreptul. Exercițarea de către Curte a acestei „misiuni normative” se singularizează prin utilizarea metodelor de interpretare dinamică ca și printr-o largă recurgere la principiile generale de drept (Fuerea 2006, 31).

Interpretarea dreptului ar urma să fie cu atât mai necesară cu cât legea este mai generală și lacunele mai prezente. În acest context, se consideră că jurisprudența Curții Europene de Justiție este un izvor esențial de drept întrucât în numeroase probleme ea completează și precizează dispozițiile tratatelor, concomitent cu asigurarea respectării lor.

În doctrina europeană, un autor apreciază că „importanța precedentelor în elaborarea deciziilor Curții este primordială” (Berger, 2000, IX). Curtea de la Strasbourg este interpreta supremă și suverană a Convenției Europene a Dreptului Omului, care se aplică direct în statele membre ale Consiliului Europei, inclusiv României. Ea joacă un rol important în viața juridică a statelor europene „hotărârile sale generând, deseori, schimbări ale legislației, ale jurisprudenței sau ale practicii, mai ales, în domeniul procedurii judiciare și a libertăților publice” (Lecont 1991, 361).

Făcând comparația între hotărârile Curții de Justiție a Comunităților Europene, pe de o parte și precedentul judiciar, specific *common law*-ului, putem concluziona că dreptul comunitar nu este un drept de speță (*case law*), dar trebuie recunoscut faptul că, interpretarea și aplicarea normelor cuprinse în tratatele comunitare se face exclusiv prin intermediul Curții de Justiție de la

Luxemburg (Până la ce limită Curtea de Justiție diferă, în practică, de instanțele englezești în legătură cu precedentul ? Doctrina britanică a precedentului este mai puțin obligatorie și mult mai flexibilă decât ar părea la prima vedere. În ciuda lipsei unei doctrine formale a obligativității, insistențele Curții de Justiție pentru dezvoltarea și menținerea unor principii legale determină ca deciziile sale să aibă un grad mare de coerență. Probabil diferența majoră dintre Curtea de Justiție și instanțele britanice, la un nivel practic, este aceea că este imposibil să concepem o Curte de Justiție contrară raționamentelor ei, doar pentru faptul că există o decizie anterioară proprie ce fundamentează decizia actuală. McLeod 2005, 231).

În soluționarea unei cauze, Curtea de Justiție a Comunităților Europene face referire expresă la propriile sale hotărâri, pentru fundamentarea noilor hotărâri, însă în alte situații în care ea a decis că nu este obligată de hotărârile sale precedente și că instanțele naționale sunt îndreptățite să ceară o nouă hotărâre preliminară, dacă ele nu vor să urmeze o decizie dată asupra unei probleme asemănătoare, într-o cauză similară. Aceste instanțe sunt libere însă să folosească, cu ocazia judecării unui litigiu, hotărârile preliminare ale Curții, fără consultarea acesteia, chiar dacă litigiul se află în ultimă instanță și ar trebui, în mod normal, să ceară darea unei hotărâri preliminare asupra tuturor problemelor de drept comunitar existente în cauză (Manolache 2003, 46).

Părțile unui litigiu pot invoca în fața instanțelor naționale (inclusiv pentru Camera Lorzilor din Anglia), deciziile Curții de Justiție a Comunităților Europene care sunt obligatorii pentru statele membre. Astfel, în legătură cu art. 114 din Tratatul de la Roma, privind obligația statelor membre de a asigura ca bărbații și femeile să primească plată egală pentru muncă egală, Curtea a apreciat că, dispoziția respectivă nu poate fi privită numai ca impunând obligații statelor membre, ci și în sensul de a oferi un drept persoanelor afectate, drept care poate fi invocat direct în fața tribunalelor naționale, indiferent dacă un stat membru nu a luat măsurile prevăzute în Tratat (Dehousse 1998, 63).

Sistemul precedentului pentru argumentarea unor decizii judiciare poate întări previzibilitatea și securitatea juridică precum și acceptarea de către justițiabili a hotărârilor judecătorești. C.J.C.E. urmărește modul în care jurisprudența ei este reflectată în deciziile instanțelor naționale, mai ales a celor supreme (Astfel, în art. 501 alin 4 din proiectul de proc.civ. este prevăzut faptul că în vederea adoptării unei decizii date în interesul legii de către Î.C.C.J., raportul prealabil întocmit de trei judecători desemnați de președintele instanței va cuprinde soluțiile diferite date problemei de drept și argumentele pe care se fundamentează, jurisprudența relevantă a Curții Constituționale, a Curții Europene a Drepturilor Omului sau a Curții de Justiție a Comunităților Europene.). De aceea, în scopul întăririi cooperării judiciare în Uniunea Europeană, accesul *on-line* la toate hotărârile judecătorești pronunțate în statele membre este indispensabil (Toader).

3. Concluzii

Reținem, în consecință că, soluțiile date de C.J.C.E. sunt obligatorii în ceea ce privește modul în care interpretează dispozițiile dreptului comunitar. De asemenea, se admite tendința de a conferi importanța cuvenită acestei instituții comunitare, în condițiile în care experiența fiecărui judecător contribuie la îmbogățirea jurisprudenței Curții, prin aportul de informații din propriul sistem de drept, doctrină și jurisprudență naționale.

Referințe bibliografice

1. VALCU Elise. 2009. Drept comunitar instituțional, Craiova: Editura Sitech.
2. ISAAC Guy, BLANQUET Marc, 2001. *Droit communautaire général*, ed. a 8-a, Paris: Ed. Dalloz.
3. MILITARU Ioana Nely, 2004. *Competența Curții Europene de Justiție*, București: Revista Română de Drept Comunitar, nr. 1.
4. VOICU Marin. 2007. *Introducere în dreptul comunitar*, București: Ed. Universul Juridic.
5. CARTOU Louis. 1991. *Communautés Européennes*, Paris : Ed. Dalloz.
6. MOROIANU–ZLĂTESCU Irina, DEMETRESCU Radu. 2005. *Drept instituțional comunitar și drepturile omului*, București: Institutul Român pentru Drepturile Omului,.
7. TOADER Camelia, *Despre C.J.C.E., jurisprudență și judecători*, <http://www.juridice.ro/interviuri/39004.html>
8. MANOLACHE Octavian. 2003. *Drept comunitar*, ed. a 4-a, București: Ed. All Beck
9. DEHOUSSE Renaud. 1998. *The European Court of Justice*, Hamshire and London: MacMillan Press Ltd. Moundmills, Basingstoke.
10. VÂLCU Elise, DELCEA Mihai. 2006. *Elemente de drept comunitar din perspectiva Proiectului de Constituție Europeană*, Craiova: Ed. Sitech,.
11. DOGARU Ion, POPA Nicolae, DĂNIȘOR Dan Claudiu, CERCEL Sevastian. 2008. *Bazele dreptului civil, Vol. I. Teoria generală a dreptului*, București: Ed. C.H Beck.
12. BLUMANN Claude, DUBOIS Louis. 2007. *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris: Ed. Litec.
13. MASSON Antoine. 2008. *Droit communautaire. Droit institutionnel et matériel. Théorie, exercices et éléments de méthodologie*, Bruxelles: Ed. Larcier.
14. FUEREA Augustin. 2006. *Drept comunitar al afacerilor*, București: Ed. Universul Juridic.
15. BERGER V., 2000. *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, ed. a 3-a, București: Institutul Român pentru Drepturile Omului.
16. LECONT R., 1991. *Quel eut été le droit des Communautés sana les arrêts de 1963 et 1964*, Paris : Dalloz.
17. McLEOD Ian. 2005. *Legal method*, ed. a 6-a, New York: Ed. Palgrave MacMillian

TAX EVASION IN FISCAL PARADISES

Viorel Roș*

Abstract: Tax avoidance, tax escaping represents tax evasion. Both in theory and in practice it is admitted that tax evasion takes two shapes: i) legal, or protected by the law and ii) fraudulent. He/She who reduces his/her taxable material in agreement with the law does not yet commit an illegal act. He/She only manages his/her business cleverly. But the fact that we use the term of legal “tax evasion”, besides the fact that it causes confusion between „legal tax dodgers” and „fraudulent tax dodgers”, makes us look at those who run their business cleverly as if they were criminals. We also unjustly apply this label to those who organize their business in *offshore* centers.

Key words: tax evasion, legal tax evasion, fraudulent tax evasion, duties, taxes, tax avoidance, fiscal paradises, *offshore* centers

The unbearable burden of taxation

Romania holds eminent places, if not absolute records, with regard to the number of duties and taxes, fiscal and parafiscal: almost 500, as well as to the number of hours a taxpayer – economic agent – must spend paying them: 200. We are the country where the name of a duty established in the 17th century, „*năpasta*” (**offence**), has today the meaning of serious injustice. We are the country that made the English Consul in the Romanian Principalities, sir Wilkinson, write almost 200 years ago: *“there is no person in this world more oppressed by despotism and overwhelmed by duties as the Romanian peasant in Walachia and Moldavia and no one could suffer with the same patience and resignation as he does, even half of the duties burdening him”*¹. The country that seems to have turned back in time with 200 years. The country lead by men incapable of studying and following a successful model, the one of Portugal for example, of simplifying the tax system and reducing the number of duties and taxes due to the tax system, so as to reduce bureaucracy, the costs for tax collection and the time lost with its payment. The country lead by political men incapable of offering to the population and to the economic agents a tax system that observes the elementary rules of taxation. The country where Adam Smith's work "The Wealth of Nations" was translation in vain, as well as many other works that should not be missing from the desk of those who hold the power of decision, in our name, in relation to the number and size of the taxes we must pay.

These men and women should be told that, during the same time as Wilkinson, one of this fellow country-men write about the situation in his country in somewhat similar terms: *“We pay taxes upon every article that which enters into the mouth, or covers the back, or is placed under the foot; taxes upon every thing which it is pleasant to see, hear, feel, smell, or taste; taxes upon warmth, light, and locomotion; taxes on every thing on earth, and the waters under the earth; on every thing that comes from abroad, or is grown at home; taxes on the raw material; taxes on every fresh value that is added to it by the industry of man; taxes on the sauce which pampers man's appetite, and the drug that restores him to health; on the ermine which decorates the judge, and the rope which hangs the criminal; on the poor man's salt, and the rich man's spice; on the brass nails of the coffin, and the ribbons of the bride; – at bed or board, couchant or levant, we must pay. The schoolboy whips his taxed top; the beardless youth manages his taxed horse, with a*

* Professor Ph. D. „Nicolae Titulescu”, University, Bucharest.

¹ Th. C. Aslan, *Tratat de finanțe*, p. 21, quoted by Gh. Bistriceanu, p. 17.

*taxed bridle, on a taxed road! And the dying Englishman, pouring his medicine, which has paid seven percent into a spoon that has paid fifteen per cent, flings himself back upon his chintz-bed, which has paid twenty-two per cent, makes his will on an eight-pound stamp, and expires in the arms of an apothecary, who has paid a license of a hundred pounds for the privilege of putting him to death.”*² But where is Great Britain today?

The average contemporary European works half the week to acquire the resources necessary to satisfy his/her individual needs and the other half to pay the duties, taxes and other mandatory obligations. But for the over the average European, the mandatory tax bites exceed this half, which made a famous cyclist, the French Bernanrd Hinault, declare that "when I pedal four times, three times I do it for the state and once for myself"³. The difference between us and the other Europeans is that their half cannot be compared to our half.

Our living in common, which leads to the general needs and public expenses (continuously increased by an infernal bureaucracy and by the multiplication of institutions and public employees who consume without producing anything), as well as the constitutional obligation to participate in the support of public duties, cost us dearly. But the participation in the support of these duties is nor equal, equitable or meant to encourage the person producing taxable money.

Fiscal anaphoresis is no longer possible as it was before because there are no more places for the resigned taxpayer to seek refuge in, abandoning his/her assets in order to avoid the payment of the taxes, without the possibility of ever being found. And the organized resistance in against taxation, the intelligent battle with the authority exercising its taxation right in an excessive and prejudicial manner for the nation is not us (as it is, for example, in France or as it was in England ever since 1215). We seldom act individually, sometimes dissipating uselessly; other times seeking and finding solutions even in the law. One of these solutions is "tax evasion in fiscal paradises".

Tax evasion and its forms of manifestation

Tax evasion constitutes a major interest theme both for the politicians and for the public employees, especially for those who work in fiscal administration, as well as for the legislators. But in equal measure, tax evasion is a theme of interest for the tax-payers, i.e. for all those who have the (constitutional) obligation to give a (significant) part of their income to the budgets that make the functioning of the state possible.

The difference between those interested in the phenomenon of tax evasion varies in relation to the reasons for which they are studying, researching and trying to suppress it: the politicians because it is mentioned in their "job description", because it is their duty to ensures the functioning of the state, of its institutions, but also to acquire the necessary political capital that will allow them access to the Parliament, a position from which (some only for the image) they cannot agree with the phenomenon. Those in public administration, especially those working in the state finance administration, are interested in the phenomenon of tax evasion because they are paid for it. The legislators are interested because it is a law-related matter, thus connected with their profession.

But the tax-payer? Many of those mentioned above, wanting to live off the backs of the state, forget that state lives as a result of everybody's contribution. They especially forget that truly productive and real tax-payers are just those who produce and these are very few. It is them, the few, who really support all the expenses of the state: the duties and taxes paid by the public employees are, in fact, duties and taxes paid by the active tax-payers (inactive tax-payers meaning

² Sydney Smith, *Edinburgh Review*, 1820, quoted by Mircea Ștefan Minea, Cosmin Flavius Costăș in *Dreptul finanțelor publice*.

³ Maurice Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 2007, 31^e édition, p. 1.

those who are merely consumers, not those who provide a service by means of which they can finance themselves). And especially for them, for the active tax-payers, the fiscal obligation is part, together with the obligation of "fidelity to the country", to "protect the country" and to "exercise in good faith the constitutional rights and liberties", of the category of the duties set by the constitutions as "fundamental obligations". For the others, meaning for the public employees who merely consume without producing, this constitutional obligation has a meaning only to the extent that their public employee incomes are affected by the quota of duties established by the legislation in relation to them as well. But this duty seems to be enforced rather for the inactive public employers so as to create the semblance of equality among the citizens in relation to the taxes and not because the duties paid by them were real.

Strangely, it is them, the tax-payers that I have chosen to call active, that are not only the victims of some "frightening predators", i.e. of the states who, by an excess of duties, strip the tax-payers of a (significant) part of their work's revenues, but also of the repression of the same states when they avoid the payment of the taxes or when they try to reduce the fiscal burden they must bear. They are hunted mercilessly by the authorities that live off their backs, they are pointed at by the politicians in search of political capital and they are chastised by newspaper writers looking for sensational stories. And they are sometimes placed behind the walls erected with the help of their contribution and where their subsistence is also ensured by public funds, i.e. from the contributions of those who shall chose to pay their duties so as not to share their fate. But they are also victims of some, few but extremely capable, who know how to appropriate a consistent part of the state's incomes, meaning of our contributions.

Is it a vicious circle or a freely consented prison cell?

The state has but two options: the first is to ensure, under any price, the funds necessary to fulfill its responsibilities and the second to acquire these funds keeping our lives bearable even after we have fulfilled our monetary obligation in order to ensure the means necessary for its survival. Logic excludes the first: the state cannot acquire its sources under any price because that is not the reason for the state's being and its expenses.

But which are the tax-payers' reasonable options?

Payment of the duties or death were the options given by Justinian. The payment of the duties or the imprisonment of the debtors would constitute acceptable options even today if prison were to exonerate the tax-payer from the payment of the tax. The voluntary payment or the enforcement of the recalcitrant fiscal debtors seems preferable even for the state. Payment or tax evasion....? Is tax evasion a reasonable option?

The word "evasion" is used – rarely, but it is used – as a synonym for the word "to escape", whose significance is of "escaping from prison or from under a guard". Usually though the work "evasion" is used together with the word "tax", in the phrase "tax evasion" in order to designate the "avoidance of the tax obligations", which means the avoidance from the payment of duties to the state or to its territorial-administrative units.

In light of this concise definition, any avoidance of the payment of the tax obligations represents an act of tax evasion and any avoidance to fulfill a legal obligation represents an illegal act that must be sanctioned. But if, in principle, this is how things stands, why is it that the fiscal law admits that the tax evasion manifests itself in two different ways: "legal tax evasion" and "fraudulent tax evasion"? If the meaning of the word "evasion" is of avoidance of an obligation, and the obligation is by definition a duty, is not completely inappropriate to associate two words with contrary meanings in order to define a condemnable phenomenon? How can we admit that there is the possibility to legally avoid the fulfillment of an obligation? And if we admit that there is such a thing as legal tax evasion, does that not mean that we are setting up a much too penetrable border between it and the fraudulent tax evasion?

Just as interesting is the fact that the dichotomy of the notion of evasion, which does not have a tradition solely with the Romanians, is admitted not only by the justice (naturally, because it can only sanction the evasion which leads to the violation of the law) and by ideologists, but also by legislators, by political men/women and by financiers, all this, contrary to the almost unanimously admitted fact, that the phenomenon of tax evasion, which represents the taxation avoidance of a larger or smaller part of the taxable matter, in any of its forms of manifestation, has extremely detrimental consequences on the economy of the states.

To admit however that tax evasion is possible under the protection of the law without texturing its contents seems wrong as long as the law itself allows the avoidance of a part of the taxable matter, without it being considered a misdemeanor or an offense. The legal tax evasion is possible because the legislation of the country in which the fact is committed allows the exemption from tax of a number of incomes, parts of incomes, components of fortunes or of certain acts and facts which, under the rigorous observance of the principles of taxation generalization and equity, should not be exempt from taxation. In other words, legal tax evasion is possible because, although the legislator's intention was to not allow the avoidance from taxation of the taxable matters, the law, by means of its content (permissive or subject to interpretation), allows it.

But when the tax-payers, observing the law, place their businesses in fiscal paradises, in offshore centers, in order to pay less taxes, they are merely exercising a right, that of establishing the headquarters of the business so as to reduce – according to the law that allows this movement – the level of the contributions and to fulfill their fiscal obligation within reduced limits, but determined in accordance with the law. In these circumstances, to qualify the exercise of one's legal right of limiting the taxable amount due, with the strict observance of the law, as "legal tax evasion" seems a mistake as it distorts both the notion of "evasion" and the proper exercise of a series of rights.

Moreover, to admit that it can be talked of "legal fiscal evasion" also creates the wrong impression that the legislator either adopts erroneous laws, which can only rise questions regarding his/her prestige and authority, or the legislator admits a certain form of tax evasion, thus encouraging tax evasion in general. For these reasons, we believe that the so-called "legal tax evasion" can be considered, at most, an advantage created by the law for the tax-payers in order to help them reduce the taxable due amount *and its failure to exercise it only a proof of inefficiency*. When the legislator understands to eliminate this advantage, he/she shall have the simple solution of amending the law.

What are the causes of tax evasion?

The genesis of tax evasion is inseparably related to the duties and taxes, i.e. to the state and its appearance. The payment avoidance of tax obligations was a continuous preoccupation for those that had to pay them and it continues to be one nowadays as well as the need for resources of the states continuously increase and so does the fiscal pressure. But the multitude of obligations that the states impose on the tax-payers, as well as the burden of these obligations, have stimulated and continue to stimulate the resourcefulness of the tax-payers, meaning their preoccupation to find more new ways to elude the payment of the tax obligations.

Tax evasion is a national and international phenomenon and its forms of manifestation are constantly adapting, the tax evasion methods changing rapidly. Tax evasion was always active and ingenious, always a step before the fiscal laws because the revenue authority, aiming for the fortune of the individuals, harms them in their most sensitive interest: the money interest.

The tax evasion forms of manifestation were constantly perfected and the development of technologies and virtual trade opened up new horizons for this phenomenon as well. Underground

economy, tax evasion and corruption are statutes of the economy, manifestations of the economic and social behavior of the tax-payers who are officially blamed by the public authorities, by the mass media and by the political figures, but which do not escape the condemnation of the average citizen, but are also appropriate for a certain understanding and even practiced, for various reasons.

Tax evasion is a complex phenomenon, with multiple causes, of which we only mention a few:

- **the psychological factor**, translated in the wish of the tax-payer to never pay what he/she cannot pay. For the average citizen, to chat the revenue authority is a test of ability, not of honesty, and the payment of the fiscal obligations is seen as a proof of naïveté, not of integrity. But what of the business men and women? Their wish to gain substantial earnings in a relatively short term or just the natural wish to not pay the smallest possible amounts to the budgets lead to the rise not only of a collective feeling of fiscal amorality, but it can also lead to the stimulation, research and inventing of the most diverse and ingenious procedures and methods, all in order to elude the payment of the amounts due to the state budget or to the local budgets.

- **the excess amount of duties and taxes that make the fiscal burden hard to accept.** The states request many tax obligations of their tax-payers, harm them in their most sensitive interest: their money interest. When the fiscal burdens press down hard on the taxable due amount (the profit, n.n.), it tends to escape so as to be saved. The excessive amount of the duties shall finally affect the substance of the taxpayers' fortune, which is why they create a reflex by which the capitals and incomes that the revenue authority wants to excessively tax "disappear". A tax should never alienate the taxable due amount. The more fugitive this fortune is, the more moderate should the tax be. The excessive taxation enforced by the legislators is just as guilty for the phenomenon as evasion as those who, due to the mentioned excess, are provoked to commit tax evasion.

- **the fiscal facilities** that the political power grants certain economic agents for reasons not related to fiscal politics, but to political clientelism. Romania has a long tradition in this respect, the Ministry of Finance having within its organizational structure, and not just a few times during its history, a "service for exempted bodies", meaning an institution specialized in the satisfaction of the political clientele. But such a conduct of the power undoubtedly constitutes a bad example and leads to evasion conducts from those who do not benefit from such exemptions.

- **the imperfections of the legal system**, the ambiguity and the uncorrelation of the system of normative acts, in lack of a coherent fiscal policy and under the increase of the inflation rate and of the population's depletion phenomenon, the legal void encourages the evasion behavior and is an element that promotes the lack of education.

- **the lack of direct prejudice** makes the phenomenon of tax evasion escape the disapproval of the big mass of citizens because they are not touched by this occurrence directly and concretely. Others tax evasions do not prejudice them in a direct way, such as the payment of the taxes does not seem to bring them any visible benefit.

- **the impossibility to exterminate the phenomenon:** experience has proven that tax evasion can only be limited, but certainly not exterminated. The tax-payers show compassion in relation to this phenomenon because life taught them that they too could be forced to avoid the payment obligations to the budgets due to various reasons, the burden of taxation being one of these reasons, which is hard to fight.

- **the transformation of the frauds in tax obligations for the population:** life proved that numerous large frauds, many of them having taken place even in the private sector, have become, in a row that seems endless and due to populist considerations, a tax obligation for the honest citizens. The latter thus develop a feeling of justified revolt, a rejection of the unrightfully imposed

obligation, the wish to “make justice” in the only way they have at their disposal: failure to pay, without risks or with minimum risks, the obligation which is justifiably considered unjust.

But there is also a series of **more subtle reasons that justify the phenomenon of legal tax evasion**, these standing exactly at the basis of a number of official policies. Thus, there are those who believe that *“it is possible that, in the long-term, the economy in its whole will have to gain if from tax evasion if the effectiveness with which the resources derived from the evasion is greater than the one the government obtained for these funds.”* That is why we must not be surprised that *„Surely one secret of the Japanese is their officially encouraged ‘tax evasion’ on capital formation. Legally a Japanese adult is allowed one medium-sized savings account the interest in which is tax-exempt. Actually Japan has five times as many such accounts as there are people in the country, children and minors included. As a result they have the world’s highest rate of capital formation. But one way or another, „a country that wants to remain competitive in an entrepreneurial era will have to develop tax policies which do what the Japanese do by means of semi-official hypocrisy: encourage capital formation”⁴.*

But there are countries that encourage the investment process by means of a low taxation system and the results of this type of fiscal policy cannot leave the capital owners indifferent. Some of these countries are known as “fiscal paradises”.

Tax evasion in fiscal paradises

Legal tax evasion comes in numerous forms, one of them being, without doubt, the placing of businesses outside of onshore markets, i.e. in offshore territories, meaning somewhere “out at sea” or “off the shore”, in territories where, due to various reasons, the states granted certain advantages to those who populated them, among which the fiscal advantages were one of the most attractive. These states offer an escape from a severally controlled environment to a space that offers a greater liberty to act and where the fiscal pressure is highly reduced or null.

The development of the fiscal paradises, the so-called offshore centers, date back to last century’s ‘60s and ‘70s and are mostly due to the protectionist regulations and large taxes on the basic markets (onshore) and to the need to compensate the distortions generated by these measures in the international trade, but also to the success of the limited liability companies at their appearance in England, these companies representing, as it seems, the parting point of the offshore centers. But the origins of the fiscal paradises are old and can be found in Ancient Greece, where the traders, in order to avoid the payment of the 2% tax from the value of the imports and exports, moved their businesses on the islands, one of these islands – Delos – being a model for such a fiscal paradise.

The offshore centers were not, are not and must not be seen as areas where financial criminality is at its best, at least due to the fact that most of these centers enjoy a good reputation due to the quality of the financial services they offer, to their innovation capabilities, to the creation of new financial products, to the promoted marketing strategies and because many onshore centers take over the successful model of the offshore financial innovations. Even so, their reputation is doubted by the OECD, which states that they lead to a damaging competition of the taxes, that they offer non-resident inhabitants the possibility to escape taxation, that they are characterized by lack of transparency, that they refuse the exchange of information in relation to the tax-payers recorded on their territory and that they are characterized by the lack of substantial activities, this being one of the causes for the tendency to change their name to “offshore financial centers” or to “international financial centers”, but first we must take note that this last name may give rise to unwanted and unacceptable confusions.

⁴ P. F. Druckner (Inovația și sistemul antreprenorial, Ed. Enciclopedică, 1993, p. 171.

The offshore centers continue to attract because they offer financial products with high demand, at low prices and a high quality level, due to the stability in regulations they enjoy and because of the safety they offer to the beneficiaries of the services, because they are less or not at all influenced by the harmonization of the laws within the European Union and have a certain degree of freedom that the other onshore centers are missing because the formalities and the time necessary to establish a trading company are reduced, due to the secrecy assurance in case of certain operations.

At the same time, the high inflation rates on the onshore markets, the political instability, the high level of taxation, the protectionist measures, the control of the exchange rate (where applicable), the bureaucracy of the banking and of the fiscal-administrative system, the fact that the financial markets are not sufficiently liberated, shall continue to constitute a reason to take refuge in the offshore centers.

But the doctrine associates tax evasion and especially international tax evasion with the fiscal paradises located in territories or countries where the importance of the fiscal takoff is reduced or inexistent, such as: Andorra, Dutch Antilles, Antigua and Barbados, Bahamas, Bahrain, Cayman Islands, Delaware, Switzerland, Hong Kong, Liechtenstein, Luxemburg, Monaco, Panama, Singapore. In these countries or territories are established and registered foreign trading companies to which the profits made by companies located in countries with high taxes are directed.

England still has 13 dependent territories, 9 of which, due to various reasons, taxation is reduced. Among these are: Belize (Guatemala considers that this territory belongs to it), Bermuda Islands, The Caribbean, British Virgin Islands and Gibraltar. The offshore financial centers belonging to Great Britain are packed with banks from around the world, such as the great American banks Citibank, Chase Manhattan and Banker Trust, the Swiss colossus Credit Suisse, Banque Nationale de Paris or Dutch banks such as ABN-AMRO and Miess Pierson, etc.

In Liechtenstein (whose external interests are represented by Switzerland, with which it also established a customs and monetary union) are registered more companies (approximately 40,000) than the entire population of the country (approximately 25,000 inhabitants). This situation is due to the fact that any trading company that establishes its headquarters on the territory of this state is exempt from the payment of the income tax. In the Cayman Islands, the number of the registered trading companies amounts to approximately the number of the population (20,000), the attraction being motivated by the reduced level of taxation. Switzerland, the Dutch Antilles, etc. are also attractive because of the relatively low taxation system.

History itself validated the fiscal paradises and we shall mention Switzerland as one of the starting points for the development of the fiscal paradises, as, in the eve of the World War II it offered confidential banking services to the Jews, accepting anonymous deposits. An example of modern fiscal paradise is the Bahamas, which during last century's '60s managed, by offering the non-resident entities a separate taxation system in order to attract in a short period of time big investments and to place its territory on the second place in the top regarding the taxes derived from banking services.

For some, tax evasion and money laundering seems to be the reason when appealing to offshore centers, and a few cases with great resonance in the world of finance (Enron and Parmalat businesses, or the gross frauds in the "Sealand Principality" and the "Melchizedek Dominion") justify such an appreciation and the prejudgments that have been deeply implemented in the mind of those who are fighting against tax evasion and fiscal fraud. Sometimes, even at institutional level, one of the most critical positions against the offshore phenomenon belongs to, as seen before, the OECD.

The views, the opinions on the phenomenon have evolved a lot in the last three years, and these evolutions have various causes. Among them is the quality of the products and services offered in the offshore centers. They attract clients because they offer financial products on high demand, at low prices and at a high qualitative level. They also attract clients due to the stability in regulation they enjoy and which offers safety to the beneficiaries of the services. They are attractive because they are much less or not at all influenced by the harmonization of the laws within the European Union and have a certain degree of freedom that onshore centers cannot provide. Also, they attract clients because the formalities and the time necessary for the establishment of trading companies are reduced. They attract because the secret of certain banking operations is ensured. They attract because they are the opposite of what is happening on the onshore markets, which are marked by high inflation rates, political instability, high level of taxation, excessive protectionist measures, control of the monetary exchange, bureaucracy of the banking system and of the fiscal-administrative one, insufficient liberalization of the financial markets, phenomena accompanied by the brutal violation of the banking secret and of the confidentiality rule and which, not just a few times, constitute genuine assaults to the right to a private life, intimacy, secrecy of correspondence, etc.

In any case, the phenomenon cannot and must not be ignored because, according to the English publication London Times, more than half of the money travelling worldwide “revolves” around the *offshore*⁵ medium and because every year 140,000 trading companies with this kind of status are established. Because they confirm Adam Smith’s theory regarding jurisdictions with a competitive advantage, which, applied to the examined field affirms that the financial offshore centers exist because the capital migrates from the states where it is heavily taxed and controlled to the states where the capital can “work” for its owners. Specialists even talk about an “*offshore megatrend*”, determined by the fact that more and more persons discover the offshore financial world.

Certain changes in the position towards offshore centers by the American administration, and by the European Union and the CJEC are not accidental.

Thus, in a report published in 2005, also signed by the Vice-president of the Federal Reserve Bank of the USA, the positive effects of the offshore centers were being remarked in relation to the increased competitive character of the financial field. And in a document of the United States Congress, of a more recent date, it was mentioned that: *„the offshore financial market has many advantages for rational economic operations [...] The reasonable expectation, when one learns that an entity is engaged offshore, is that it is there for honest economic reasons, buttressed by whatever advantages privacy holds. The major categories for offshore use are to profit from higher interest rates when lending, to enjoy lower interest rates when borrowing, to escape taxation, to enjoy greater business flexibility by avoiding regulation in an efficient market, to enjoy the protection of confidentiality when engaged in activities (as what is known by others beforehand can endanger the success of the business or the profit margin), and under confidentiality terms, to hide and enjoy other risk diminution methods by means of offshore diversification, future speculations and others.”*

The case of the United States of America, a country with a fairly low taxation rate is a good example for the study of the tax evasion phenomena in fiscal paradises because, according to the prestigious publication “Fortune”, the first 1000 American corporations pay a very low income tax or do not pay at all. Or should this mean that the mentioned corporations are not at all or almost completely unprofitable. If such were the case, the following questions naturally rise: If they are not profitable, why do investors keep buying their stock? If they do not bring profit to the

⁵ Thomass P. Azzara – „Tax Havens of the World,” 7th edition, New Providence Press, p.9

investors, how come the main stock exchange, the New York Stock Exchange, where their stock is traded, does not crash? What is the connection with the fact that a quarter of the 1000 “unprofitable” corporations are registered in the state of Delaware? Why 40% of the companies listed on the New York Stock Exchange and 37% of those listed on the American Stock Exchange are registered in the same small American state? What is the explanation for the massive migration, which took place during the last years, of the headquarters of the American companies to the same state and how come that in a state with only 684,000 inhabitants over 200,000 companies are nowadays headquartered there? And last but not least, how is this phenomenon related to a decision of the Supreme Court of the United States which stipulated that: **„Anyone has the right to organize their business so as to reduce to the minimum the payment of the applicable taxes: no one must plan their expenses and incomes in relation to the maximum exigencies of the Department of Finance: no citizen has the patriotic duty to pay the maximum amount of duties”** (quoted from G. Caraiani, *Zonele libere și paradisurile fiscale*, Decizie în dosarul *Helvering v. Gregory*, p. 7), which must be accepted as an official position of the American justice towards the phenomenon unfittingly named “legal tax evasion” and which implies and justifies the dichotomy of the evasion term: in legal tax evasion and fraudulent tax evasion.

Nevertheless, we must state that the Supreme Court of the United States only paraphrased Adam Smith, the author of “The Wealth of Nations”, who affirmed more than 200 years before that **“each person, for as long as he/she does not breach the law, is entitled to manage his/her own earnings, in his/her own personal manner”**. Or may another (almost) just as famous American economist, who is also closer to our times, Milton Friedman, laureate of the Nobel Prize for economy in 1976, who offered us the justification for tax resistance and usage of the tax evasion in the following terms: *„finally, it seems illogical to say that a man is entitled to what he has produced by personal capacities or to the produce of the wealth he has accumulated, but that he is not entitled to pass any wealth on to his children; to say that a man may use his income for riotous living but may not give it to his heirs”*.

The European Union, preoccupied (in excess) with the problem of tax harmonization and with the coordination of the fiscal policy of the Member States (because it represents a component of the integration process, but it is also proves the increase of the Union’s role and of its institutions), is at least reticent, if not visibly hostile, towards the term offshore. Of course, the problems that the accession to the European Union of all the states with the status of “fiscal paradise” would create are not few and they are also not easy to solve and this all the more as the level of taxes constitutes a prerogative of each Member State, and the Member States are not willing to give up this important prerogative of their sovereignty. The fiscal regulations within the offshore financial centers do not coincide with the fiscal policy of the European Union, especially in relation to the transparency requirements, respectively fiscal non-discrimination, this being the reason for which states that have become members of the European Union (e.g. Cyprus) has to gradually give up or diminish the fiscal facilities offered to companies and to offshore activities.

But if the attention given to this problem is justified, the rejection and especially the absolute condemnation of the phenomenon cannot be just as easily justified, even if we only take into consideration the fact that, through the quality of the services and of the products, the offshore centers can be a model for the institutions and the companies operating onshore, or (especially) that half the money circulating throughout the world pass through these centers, although they represent as surface, number of inhabitants and economic power an insignificant percentage.

On the other hand, we must also observe that the jurisprudence of the Court of Luxembourg complies with the principles and with the fundamental values of law when it confirms the right of the founders to freely decide in relation to the state where they want to establish the headquarters of the company and with regard to the state(s) where they shall perform their activity

(onshore/offshore), the right of the foreign companies to equal treatment as the domestic companies, the sovereign right of the states to establish the number and size of the taxes, as well as the need of fiscal cooperation among the Member States, as a component of the principle of loyal collaboration and fidelity. The Court apprehended that *“the circumstance that a Community national wishes to obtain fiscal advantages in force in another Member State, other than the one where he/she resides, cannot forbid him/her the right to incorporate a company based on the dispositions of the Treaty, and, as a result, the circumstance that the company is incorporated in a Member State in order to benefit from a more favorable legislation does not in itself constitute an abuse of this freedom⁶. But, while the simple circumstance that a resident company establishes a secondary office, such as a branch, in another Member State, it cannot constitute a general presumption of tax evasion and it cannot justify a measure that compromises the exertion of a fundamental freedom, although, a national measure that restricts the freedom to establish a branch can be justified in case it specifically aims for purely artificial arrangements meant to avoid the legislation application of the specific Member”⁷.*

The option to perform the activity in an offshore center does not have, in itself, anything condemnable. And this, because although there are certain controversies in relation to their use, the option legitimacy idea is acceptable for the establishment of a company in such a center, because they made history, because they have known a continuous evolution and their successes that place them in front of other traditional centers, being able to act as models for the latter, because they are attractive and shall develop in the future, because, although there are offshore centers that bear the suspicion or even the proof that they were the place for the performance of illegal actions, the onshore centers are not all “clean” either, but also because one of two bills or coins put in circulation transits these centers.

Then, because the use of the legal facilities that the international financial centers offer, including the duties and tax exemptions, constitute a legitimate option and a fiscal planning method currently and legally used, in international relations. And because it has been proven that the judgment of the offshore activities must not be mistaken for the judgment of the tax fraud problems, even if the offshore structures can also be used for those purposes.

Offshore centers, a solution for all businesses.

The offshore state of a trading company offers advantages both to the investor and to the state or territory with this status. It offers advantages to others as well, such as the onshore companies that offer similar services and for which the offshore companies can represent models to be followed or competitors to confront, a competition which can lead to the appearance of better products and services.

An offshore center brings **fiscal advantages** to the investor (zero taxation and almost zero taxation because the companies incorporated in fiscal paradises only pay an annual fixed registration fee, and the profit is taxed in the state of residence in a quota amounting to 0-5%), minimum accounting formalities, opportunities to avoid the double taxation (in some cases) which allows the substantial reduction of the fiscal duties, etc., but also a series of related advantages: confidentiality, shareholding anonymity, reduced risks, reduced level of bureaucracy, flexibility and efficiency in incorporating the company, absence of traumatizing verifications, the possibility to perform the operations and keep the savings in a currency that makes the reduction of the losses following the exchange operation possible.

⁶ Pct. .27 of the Judgment given in the Centos case and pct.. 96 of the Judgment in case C-167/01, Inspire Art, Rec.2003, p.I-10155

⁷ Pct.. 26 in case ICI, pct.37 in the Judgment of case C-324/00, Lankhorst-Hohorsdt, in Rec 2002, p. I-11779

The offshore financial centers exist because the capital migrates from states where it is excessively taxed to states where it can work with a maximum or profit for its owners. And, anyway, the need and the desire to expatriate the capital and the businesses are more pronounced where the state intervention is bad.

But the companies that operate in these centers obtain advantages for the states with this type of regime by: registration, operation, license, etc. taxes, work places, capitalization of the local economic potential, elimination of poverty and of the effort to help the offshore territories. But to the states from which the companies leave for other countries or for “fiscal paradises”, this phenomenon should bring many anxiety moments, but not adverse reactions. Because the offshore phenomenon brings to light the imperfections in the regulation of the onshore activities.

Thus, we have all the reasons to look towards the “fiscal paradises” and to register our businesses there. And there should be no reason, argument or interdiction that can stop us from the desire to do business in a fiscal paradise, except the lack of courage to intelligently exploit the opportunity that such a business movement offers or the narrow-minded visions of those incapable to understand that the model to be followed is the one that works well and not the one that makes you run from it. And the one that works with results that attract any investors can only be stopped by taking risks that the states have no interest to assume. The American Walter H. Diamond (1914-2008), expert in commerce, taxes and economy, author of 81 specialty books, did not randomly express his conviction that the offshore investments shall develop fast in the future, even contrary to the attacks, the restrictions imposed by the governments, the negative lists, and other such measures and concluded that ***“actually, I believe that the 21st century will be known as the century of offshore offices”***.

Have the Romanian business men/women understood that operating a business in the “fiscal paradises” represents a great opportunity that cannot be ignored and that the “escape” to the offshore does not imply a fraudulent tax evasion? Yes, of course, because recently, a British consultancy company declared to a prestigious business magazine that it performs 600 registrations a year and that 80% of its clients are Romanian.

EVAZIUNEA ÎN PARADISURILE FISCALE

Viorel Roș*

Rezumat:

Sustragerea, fuga din fața impozitelor, constituie evaziune fiscală. În teorie, dar și în practică se admite că evaziunea fiscală îmbracă două forme: i) legală, adică la adăpostul legii și ii) frauduloasă. Cel care își reduce materia impozabilă în acord cu legea nu săvârșește însă un act contrar legii. El își conduce doar inteligent afacerile. Dar faptul că utilizăm noțiunea de „evaziune fiscală” legală, afară de faptul că provoacă o confuzie între „evazioniștii legali” și „evazioniștii frauduloși”, ne face să-i privim pe cei care își conduc afacerile în mod inteligent ca pe infractori. Este eticheta pe care, în mod nedrept, o aplicăm și celor care își organizează afacerile în centre offshore.

Key words: tax evasion, legal tax evasion, fraudulent tax evasion, duties, taxes, tax avoidance, fiscal paradises, *offshore* centers

Insuportabila povară a fiscalității

România deține locuri fruntașe, dacă nu chiar recorduri absolute, în privința numărului de impozite și taxe, fiscale și parafiscale: aproape 500, dar și a numărului de ore pe care trebuie să le petreacă un contribuabil – agent economic - spre a le plăti: 200. Suntem țara în care numele unui impozit instituit prin secolul al XVII-lea, „năpasta” are azi semnificația de nedreptate gravă. Suntem țara care l-a făcut pe consulul englez în Principatele Române, sir Wilkinson, acum aproape 200 de ani, să scrie că: „nu există popor în lume care să fie mai apăsător de despotism și copleșit de dări ca țărânul român din Muntenia și Moldova și nimeni nu ar putea suferi cu aceeași răbdare și aceeași resemnare ca dânsul, nici chiar jumătate din sarcinile care apăsau deasupra lui”¹. Țara care pare a se fi întors în timp cu 200 de ani. Țară condusă de oameni incapabili să studieze și să urmeze un model de succes, acela al Portugaliei de exemplu, să simplifice sistemul fiscal și să reducă numărul de taxe și impozite sistemul fiscal, spre a reduce birocrăția, costurile colectării impozitelor, timpul pierdut cu plata lor. Țara condusă de oameni politici în neputință să ofere populației și agenților economici un sistem fiscal care să respecte regulile elementare ale impunerii. Țară în care s-a tradus și publicat degeaba lucrarea „Avuția națiunilor” a lui Adam Smith, dar și multe alte lucrări ce n-ar trebui să lipsească de pe masa celor ce decid, în numele nostru, asupra numărului și mărimii impozitelor pe care trebuie să le plătim.

Acestor oameni trebuie să le spunem că, în aceeași perioadă cu Wilkinson, un compatriot al acestuia scria despre situația din țara sa în termeni oarecum asemănători: „*Avem impozite pe fiecare articol care ne intră în gură, ne acoperă spatele sau pe care punem picioarele; impozite pe ce e plăcut să vezi, pe ce e plăcut să auzi, pe ce e plăcut să simți, să respiri sau să guști; impozite pe căldură, pe locomoțiune, impozite pe tot ce e terestru și subteran, pe tot ce e produs în țară și pe tot ce ne vine din străinătate; impozite pe materii prime și pe orice valoare nouă creează omul; impozite pe sosurile care ne excită pofta de mâncare și pe doctoriile care ne dau sănătate; pe hermina care împodobește roba magistratului și pe funia care spânzură pe criminal; pe cielele sicriului și pe panglicile miresei. În pat sau la masă, când te scoli sau când te culci trebuie să plătești. Școlarul biciuiește sfârleaza lui taxată. Tânărul imberb conduce un cal taxat, cu un ham taxat, pe un drum taxat! Iar englezul muribund îți toarnă doctoria pentru care a achitat un impozit*

* Prof. univ. dr., Universitatea „Titu Maiorescu”, București

¹ Th. C. Aslan, *Tratat de finanțe*, p. 21, citat de Gh. Bistriceanu, p. 17.

de 7% într-o lingură pentru care a plătit cu același titlu 15% și zace pe un cearceaf de indiană în prețul căruia este încorporată o taxă de 22%, ca să moară în brațele unui farmacist care a plătit 100 de lire licență, pentru a avea dreptul să-l omoare.”² Dar unde este azi Marea Britanie ?

Europeanul mediu din zilele noastre muncește jumătate de săptămână pentru a-și procura resursele necesare satisfacerii nevoilor individuale și cealaltă jumătate pentru a plăti impozitele, taxele și celelalte contribuții obligatorii. Dar pentru europeanul aflat peste medie, prelevările obligatorii depășesc această jumătate, ceea ce a făcut pe un ciclist celebru, francezul Bernard Hinault, să afirme că „atunci când pedalez de patru ori, de trei ori o fac pentru stat și o dată pentru mine”³. Diferența între noi și ceilalți europeni stă doar în faptul că jumătatea lor nu poate fi comparată cu jumătatea noastră.

Conviețuirea noastră în comun, din care se nasc nevoile generale și cheltuielile publice (sporite continuu de o birocrație infernală și de multiplicarea instituțiilor și a bugetarilor care consumă fără a produce nimic), dar și obligația constituțională de a participa la susținerea sarcinilor publice, ne costă foarte scump. Dar participarea la susținerea acestor sarcini nu este nici egală, nici echitabilă, nici de natură a încuraja pe cel care creează materie impozabilă.

Anahoreza fiscală nu mai este posibilă ca în vechime, pentru că nu mai există locuri în care contribuabilul resemnat să se retragă, abandonându-și bunurile, spre a se sustrage de la plata impozitelor, fără puțința de mai fi găsit. Iar rezistența organizată în fața impozitelor, lupta inteligentă cu autoritatea care își exercită dreptul de impunere de o manieră excesivă și păgubitoare pentru națiune, nu ne este proprie (așa cum este, de exemplu, în Franța, ori cum a fost în Anglia încă la 1215). Acționăm cel mai adesea individual, uneori risipindu-ne inutil, alteori căutând și găsind soluții chiar în lege. Una dintre aceste este „evaziunea în paradisuri fiscale”.

Evaziunea fiscală și formele ei de manifestare

Evaziunea fiscală constituie o temă de interes major atât pentru politicieni cât și pentru funcționarii publici, îndeosebi pentru cei din administrația fiscală, dar și pentru juriști. Dar în egală măsură, evaziunea fiscală este o temă de interes pentru contribuabili, adică pentru toți acei care au îndatorirea (constituțională) de a vărsa o parte (consistentă) din venitul lor la bugetele care fac posibilă funcționarea statului.

Deosebirea între cei interesați de fenomenul evaziunii ține de motivele pentru care o studiază, o cercetează și încearcă să o reprime: politicienii pentru că intră în „fișa postului” lor, pentru că este de datoria lor să asigure funcționarea statului, a instituțiilor sale, dar și pentru a dobândi necesarul capital politic care să le permită accesul în Parlament, poziție din care (unii numai pentru imagine) nu poți fi de acord cu fenomenul. Cei din administrația publică, îndeosebi cei din administrația finanțelor statului, sunt interesați de fenomenul evaziunii pentru că sunt plățiți pentru aceasta. Juriștii pentru că materia aparține dreptului, adică profesiei lor.

Dar contribuabilul ? Mulți din cei amintiți mai sus, voind să trăiască de pe urma statului, uită că statul trăiește din contribuția tuturor. Uită mai ales faptul că într-adevăr productivi și adevărați contribuabili sunt doar aceia care produc, iar aceștia sunt foarte puțini. Aceștia, pușinii, sunt cei care suportă, în realitate, toate cheltuielile statului: impozitele și taxele plătite de bugetari sunt, în fapt, impozite și taxe plătite de contribuabilii activi (înțelegând prin contribuabili inactivi pe cei care sunt doar consumatori, nu și pe cei care asigură funcționarea unui serviciu care se poate autofinanța). Și în mod special pentru ei, pentru contribuabilii activi obligația fiscală face parte,

² Sydney Smith, *Edinburgh Review*, 1820, citat de Mircea Ștefan Minea, Cosmin Flavius Costas în *Dreptul finanțelor publice*.

³ Maurice Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 2007, 31^e édition, p. 1.

alături de aceea de „fidelitate față de țară”, de aceea de „apărare a țării” și de aceea de „exercitare cu bună credință a drepturilor și libertăților constituționale” din categoria celor desemnate de constituție ca fiind „îndatoriri fundamentale”. Pentru ceilalți, adică pentru bugetarii care consumă fără a produce, această îndatorire constituțională are semnificație doar în măsura în care veniturile lor de bugetari sunt afectate de cuantumul impozitelor stabilite de legiuitor și în sarcina lor. Dar această sarcină pare a fi impusă bugetarilor inactivi mai degrabă pentru a crea o aparență de egalitate a cetățenilor în fața impozitelor decât pentru că impozitele plătite de ei ar fi adevărate.

În chip ciudat, ei, contribuabilii pe care am ales să-i numesc activi, sunt nu doar victimele unor „însălmântători prădători”, adică a statelor care prin exces de impozite îi deposedează pe birnici de o parte (însemnată) a produsului muncii lor, dar și a represiunii din partea aceluiași state atunci când se sustrag de la plata dărilor sau când încearcă să-și reducă sarcina fiscală pe care trebuie să o suporte. Sunt vânați fără milă de autoritățile care trăiesc pe seama lor, sunt arătați cu degetul de către politicienii în căutare de capital politic, sunt puși la stâlpul infamiei de gazetarii mereu în goană după senzational. Și ajung, uneori, în spatele zidurilor supraînălțate prin contribuția lor și unde subzistența le este asigurată tot pe seama fondurilor publice, adică a contribuțiilor celor care vor alege să-și plătească dările pentru a nu le împărtăși soarta. Dar ei mai sunt și victime ale unora, foarte puțini dar și deosebit de abili, care știu cum să-și facă parte consistentă din veniturile statului, adică din contribuțiile noastre.

Un cerc vicios sau o închisoare liber consimțită ?

Statul nu are decât două opțiuni: prima este aceea de a-și asigura, cu orice preț, fondurile necesare pentru a-și putea îndeplini sarcinile, a doua, este aceea de a și le procura făcându-ne, totuși, viața suportabilă și după ce noi ne îndeplinim îndatorirea de a-i asigura mijloacele bănești necesare supraviețuirii sale. Logica o exclude pe prima: statul nu-și poate procura resursele cu orice preț pentru că nu aceasta este rațiunea de a fi a statului și a cheltuielilor lui.

Care sunt însă opțiunile rezonabile ale contribuabililor ?

Plata impozitelor sau moartea erau opțiunile sub Iustinian. Plata sau închisoarea datornicilor ar constitui și azi opțiuni acceptabile dacă închisoarea ar fi exoneratoare de plată. Plata benevolă sau executarea silită a debitorilor fiscali recalitranti pare preferabilă și pentru stat. Plata sau evaziunea ...? Dar este evaziunea o opțiune rezonabilă ?

Cuvântul „evaziune” se folosește – rar, dar se folosește – și ca sinonim al cuvântului „a evada”, a cărui semnificație este aceea de „a fugi dintr-o închisoare sau de sub pază”. În mod uzual însă, cuvântul „evaziune” este folosit împreună cu cuvântul „fiscal”, în sintagma „evaziunea fiscală” pentru a desemna „sustragerea de la obligațiile fiscale”, adică sustragerea de la plata dărilor către stat ori unitățile sale administrativ teritoriale.

În lumina acestei concise definiții, orice act de sustragere de la plata obligațiilor fiscale reprezintă un act de evaziune fiscală și orice sustragere de la îndeplinirea unei obligații legale reprezintă un act ilicit care trebuie sancționat. Dar dacă, principial, așa stau lucrurile, de ce dreptul fiscal admite că evaziune fiscală îmbracă două forme de manifestare: „evaziunea fiscală legală” și „evaziunea fiscală frauduloasă” ? Dacă sensul cuvântului „evaziune” este acela de sustragere de la o obligație, iar obligația este, prin definiție o îndatorire, nu este oare total nepotrivit să asociem două cuvinte care au semnificații contrare, pentru a defini un fenomen damnabil ? Cum să admitem că există posibilitatea de a te sustrage legal de la îndeplinirea unei obligații ? Și dacă admitem că poate exista evaziune fiscală legală, nu înseamnă cumva că instituiem o graniță mult prea permeabilă între aceasta și evaziunea fiscală frauduloasă ?

Interesant este și faptul că dihotomia noțiunii de evaziune, care are tradiție nu doar la români, este admisă nu numai de justiție (în mod firesc, pentru că aceasta nu poate sancționa decât evaziunea săvârșită cu încălcarea legii) și de teoreticieni, ci și de legiuitori, de oamenii politici și de finanțiști și aceasta, în pofida faptului, aproape unanim recunoscut, că fenomenul evaziunii

fiscale, care reprezintă sustragerea de la impunere a unei părți mai mari sau mai mici din materia impozabilă, în oricare din formele sale de manifestare, are consecințe extrem de dăunătoare asupra economiei statelor.

A admite totuși, că poate exista evaziune fiscală la adăpostul legii fără a nuanța conținutul acesteia, ni se pare greșit atât timp cât legea însăși permite sustragerea unei părți din materia impozabilă, fără ca acest lucru să fie considerat contravenție sau infracțiune. Evaziunea legală este posibilă deoarece legislația țării în care fapta se săvârșește permite scoaterea de sub incidența impozitelor a unor venituri, părți de venituri, componente ale averii ori a anumitor acte și fapte care, în condițiile respectării riguroase a cerințelor principiilor generalității și echității impunerii, nu ar trebui să scape de la impozitare. Cu alte cuvinte, evaziunea fiscală legală este posibilă pentru că, deși intenția legiuitorului nu a fost de a permite sustragerea de la impunere a materiei impozabile, legea, prin conținutul ei (permisiv ori susceptibil de interpretare), permite acest lucru.

Dar atunci când contribuabilii, respectând legea, își plasează afacerile în paradisuri fiscale, în centre *offshore*, pentru a plăti mai puține impozite, ei nu fac decât să-și exercite un drept, acela de a-și stabili sediul afacerii pentru a reduce - în acord cu legea care permite această deplasare - nivelul contribuțiilor și de a-și îndeplini obligația fiscală în limite mai reduse, dar determinate potrivit legii. În aceste împrejurări, a califica exercitarea dreptului legal, de limitare a bazei impozabile, cu stricta respectare a legii, drept „evaziune fiscală legală” ni se pare o greșeală, pentru că denaturează atât noțiunea de „evaziune”, cât și exercitarea în sine a unor drepturi.

În plus, a admite că se poate vorbi despre „evaziune fiscală legală” creează și impresia greșită că legiuitorul fie adoptă legi greșite, ceea ce este de natură a pune în discuție prestigiul și autoritatea acestuia, fie că legiuitorul admite o anumită formă de evaziune, încurajând, prin aceasta, evazionismul propriu-zis. De aceea, credem că așa numita „evaziunea fiscală legală” poate fi considerată, cel mult, un avantaj creat de lege contribuabililor pentru reducerea materiei impozabile, iar **neexploatarea acestuia doar o dovadă de nepricepere**. Atunci când legiuitorul înțelege să elimine acest avantaj el are soluția simplă a modificării legii.

Care sunt cauzele evaziunii fiscale?

Geneza evaziunii fiscale este indisolubil legată de impozite și taxe, adică de stat și apariția lui. Sustragerea de la plata obligațiilor fiscale a fost o preocupare continuă a celor care trebuiau să le plătească și este și în zilele noastre pentru că nevoile de resurse ale statelor cresc continuu și odată cu aceasta crește și presiunea fiscală. Dar multitudinea obligațiilor pe statele le impun contribuabililor ca și povara acestor obligații au stimulat și stimulează ingeniozitatea contribuabililor, preocuparea lor de a găsi noi și noi procedee eludare a obligațiilor fiscale.

Evaziunea fiscală este un fenomen național și internațional, iar formele ei de manifestare sunt în continuă adaptare, metodele de evaziune schimbându-se cu o uimitoare rapiditate. Evaziunea fiscală a fost, întotdeauna, activă și ingenioasă, a fost mereu cu un pas înaintea legilor fiscale pentru că fiscul lovind indivizii în averea lor, îi atinge în cel mai sensibil interes: interesul bănesc.

Formele de manifestare a evaziunii fiscale s-au perfecționat continuu, iar dezvoltarea tehnologiilor și a comerțului virtual a deschis noi orizonturi și pentru acest fenomen. Economia subterană, evaziunea fiscală și corupția sunt stări ale economiei, manifestări ale comportamentului economic și social al contribuabililor care, oficial, sunt blamate de autoritățile publice, de *mass media* și de oamenii politici, dar care nu scapă doar oprobriului oamenilor de rând ci sunt privity cu o anumită înțelegere și chiar practicate, din multiple rațiuni.

Evaziunea fiscală este un fenomen complex, cauzele sale fiind multiple, iar dintre acestea amintim doar câteva:

- **factorul psihologic**, tradusă în dorința contribuabilului de a nu plăti niciodată decât ceea ce nu poate să nu plătească. Pentru omul obișnuit, a înșela fiscalul este o probă de abilitate, nu de necinste, iar plata obligațiilor fiscale este privită ca o dovadă de naivitate, nu de integritate. Dar pentru oamenii de afaceri ? Dorința lor de câștiguri substanțiale într-un termen redus sau pur și simplu dorința firească de a plăti cele mai mici sume posibile la bugete au dat naștere nu doar unui sentiment colectiv de amoralitate fiscală, dar este de natură a stimula și căutarea și inventarea de procedee și metode dintre cele mai variate și ingenioase, pentru eludarea plății sumelor datorate la bugetul statului sau la bugetele locale.

- **excesul de taxe și impozite care fac sarcina fiscală greu de acceptat**. Statele impun contribuabililor o mulțime de obligații fiscale, lovindu-i în interesele cele mai sensibile: interesele bănești. Când sarcinile fiscale apasă prea greu asupra materiei impozabile (profitului, n.n.), aceasta are tendința de a evada spre a fi salvată. Impozitele excesive vor afecta în final substanța averii contribuabililor, de aceea ele creează un reflex care face să „dispară” capitalurile și veniturile pe care fiscalul vrea să le impună prea mult. Un impozit nu trebuie să pună niciodată pe fugă materia pe care el o lovește. Impozitul trebuie să fie cu atât mai moderat cu cât această bogăție este mai fugitivă. Fiscalitatea excesivă impusă de legiuitori este la fel de vinovată de fenomenul evaziunii ca și cei pe care, prin acest exces, îi provoacă la evaziune.

- **facilitățile fiscale** pe care puterea politică le acordă unor agenți economici din rațiuni care nu au de a face cu politica fiscală, ci cu clientelismul politic. România are o lungă tradiție, Ministerul Finanțelor Publice având, nu de puține ori în istoria sa, în structura sa organizatorică un „serviciu al scutelnicilor”, adică de o instituție specializată în satisfacerea clientelei politice. Dar o atare conduită a puterii constituie, fără îndoială, un prost exemplu și este generatoare de conduite evazioniste din partea celor care nu beneficiază de astfel de scutiri.

- **imperfecțiunile sistemului legislativ**, ambiguitatea și necorelarea sistemului de acte normative, în lipsa unei politici fiscale coerente și creșterea ratei inflației și a fenomenului de sărăcire a populației, vidul legislativ încurajează comportamentul evazionist și este un element favorizant al lipsei de educație.

- **lipsa prejudiciului direct** face ca fenomenul evaziunii fiscale să scape oprobiului marii mase a cetățenilor pentru că ei nu sunt atinși de acest fenomen în mod direct și concret. Evaziunea fiscală a altora nu le provoacă un prejudiciu pe care să-l resimtă în mod direct, după cum plata impozitelor nu pare a le aduce vreun beneficiu vizibil.

- **imposibilitatea stârpirii fenomenului**: experiența a demonstrat că fenomenul evaziunii fiscale poate fi doar limitat, dar în nici un caz stârpit. Contribuabilii manifestă înțelegere față de fenomenul evaziunii pentru că tot viața i-a învățat că ei înșiși ar putea fi nevoiți să se sustragă obligațiilor de plată către bugete din diverse motive, iar între acestea povara fiscalității este un motiv care poate fi cu greu combătut.

- **transformarea fraudelor în obligații fiscale pentru populație**: viața a dovedit că numeroase fraude de proporții, multe petrecute chiar în sectorul privat, au devenit, într-un șir care pare fără de sfârșit și din considerente populiste, parte a datoriei publice, transformându-se astfel în obligație fiscală pentru cetățenii cinstiți. În aceștia din urmă se naște un sentiment de revoltă justificată, o reacție de respingere a sarcinii nedrept impuse, dorința de a-și face „dreptate” în singurul mod pe care îl au la dispoziție: neplata, fără riscuri sau cu riscuri cât mai reduse, a obligației pe care, în mod justificat, o consideră nedreaptă.

Dar sunt și **rațiuni mai subtile care justifică fenomenul evaziunii fiscale legale**, acestea stând chiar la baza unor politici oficiale. Astfel, sunt glasuri care susțin că *„este posibil ca pe termen lung, de pe urma evaziunii să aibă de câștigat economia în ansamblul ei, dacă eficiența cu care sunt utilizate resursele rezultate din evaziune este mai mare decât cea pe care ar fi obținut-o guvernul pentru aceste fonduri”*. De aceea nu trebuie să ne mire că *„Unul dintre secretele*

japonezilor în ce privește formarea capitalului este evaziunea fiscală care este încurajată oficial. În mod legal un japonez adult este scutit de taxe pentru un cont de economii medii. Japonia are de cinci ori mai multe conturi de acest fel decât numărul populației, inclusiv copiii. Din această cauză au rata cea mai mare de formare a capitalului. În această concepție, „orice țară care vrea să fie competitivă într-o eră antreprenorială trebuie să-și construiască un sistem de impozite de tipul celui japonez care printr-o atitudine de ipocrizie semioficială, încurajează formarea capitalului”⁴.

Sunt însă țări care încurajează procesul investițional prin fiscalitate redusă, iar rezultatele acestui tip de politică fiscală nu pot lăsa indiferent pe deținătorii de capitaluri. Unele dintre acestea sunt „paradisuri fiscale”.

Evaziunea în paradisurile fiscale

Formele de evaziune fiscală legală sunt numeroase, fără îndoială, între acestea numărându-se și plasarea afacerilor în afara piețelor de bază (*onshore*), respectiv în teritorii *offshore*, adică undeva „în larg”, ori „dincolo de țarm”, în teritorii în care, din diverse rațiuni, statele acordau anumite avantaje celor care le populau, între care avantajele de ordin fiscal erau cele mai atrăgătoare. O evadare dintr-un spațiu sever controlat, într-un spațiu ce oferă o mai mare libertate de acțiune și în care presiunea fiscală este redusă sau nulă

Dezvoltarea paradisurilor fiscale, așa numitele *offshore*, datează din anii '60 - '70 ai secolului trecut și se datorează, în mare parte, reglementărilor protecționiste și impozitelor mari de pe piețele de bază (*onshore*) și nevoii de a compensa distorsiunile provocate de aceste măsuri în comerțul internațional, dar și succesului de care s-au bucurat societățile cu răspundere limitată la apariția lor în Anglia, aceste societăți constituind, se pare, punctul de plecare al *offshore*-urilor. Dar originile paradisurilor fiscale sunt vechi și le găsim în Grecia Antică, unde comercianții, spre a evita plata taxei de 2% din valoarea importurilor și exporturilor își mutau afacerile în insule, una dintre aceste insule – Delos – fiind model de paradis fiscal.

Centrele *offshore* nu au fost, nu sunt și nu trebuie privite ca zone în care criminalitatea financiară este la ea acasă, cel puțin pentru considerentul că multe dintre aceste centre se bucură de o bună reputație, grație calității serviciilor financiare pe care le oferă, capacității de inovație, de creare a unor noi produse financiare, strategiilor de marketing promovate și pentru că multe centre *onshore* preiau modelul de succes al inovațiilor financiare *offshore*. Totuși, reputația lor este pusă la îndoială chiar de către OECD, sub cuvânt că ele conduc la o competiție dăunătoare a taxelor, că oferă nerezidenților posibilitatea de a scăpa de taxe, că se caracterizează prin lipsa transparenței, că refuză schimbul de informații privind contribuabili înregistrați pe teritoriul său și că se caracterizează prin lipsa unor activități substanțiale, aceasta fiind una din cauzele tendinței de schimbare a denumirii lor în „centre financiare *offshore*” ori în aceea de „centre financiare internaționale”, dar se cuvine să remarcăm că această ultimă denumire poate crea nedorite și inacceptabile confuzii.

Centrele *offshore* continuă însă să atragă pentru că oferă produse financiare cu cerere mare, la prețuri scăzute și ridicat nivel calitativ, pentru stabilitatea în reglementare de care se bucură și care conferă siguranță beneficiarilor serviciilor, pentru că sunt mai puțin sau deloc influențate de măsurile de armonizare legislativă din cadrul UE și au un grad de libertate care lipsește centrelor *onshore*, pentru că formalitățile și timpul necesar pentru înființarea unor societăți comerciale sunt reduse, pentru că secretul unor operațiuni este asigurat.

⁴ P. F. Druckner (Inovația și sistemul antreprenorial, Ed. Enciclopedică, 1993, p. 171.

În același timp, ratele ridicate ale inflației pe piețele *onshore*, instabilitatea politică, nivelul ridicat al fiscalității, măsurile protecționiste, controlul schimbului monetar (acolo unde există), birocrăția sistemului bancar și a celui administrativ fiscal, faptul că piețele financiare nu sunt suficiente de liberalizate, vor constitui și în viitor motiv de refugiu în localizări *offshore*.

Doctrina asociază însă evaziunea fiscală și în special evaziunea fiscală internațională cu paradisurile fiscale localizate în acele teritorii sau țări în care ponderea prelevărilor fiscale este redusă sau inexistentă, cum sunt: Andora, Antilele Olandeze, Antigua și Barbados, Bahamas, Bahrein, Insulele Cayman, Delaware, Elveția, Hong Kong, Liechtenstein, Luxemburg, Monaco, Panama, Singapore. În astfel de țări sau teritorii sunt constituite și înregistrate societăți comerciale străine către care sunt dirijate profiturile realizate de societăți situate în țări cu fiscalitate ridicată.

Anglia are încă 13 teritorii dependente, din care 9 locuite, în care, din diverse rațiuni, fiscalitatea este redusă. Între acestea: Belize (Guatemala consideră că teritoriul îi aparține ei), Insulele Bermude, Caraibe, Insulele Virgine Britanice, Gibraltar. Centrele financiare *offshore* aparținând Marii Britanii sunt împânzite de bănci din toată lumea, din rândul cărora nu lipsesc marile bănci americane Citibank, Chase Manhattan și Banker Trust, gigantul elvețian Credit Suisse, Banque Nationale de Paris, ori bănci olandeze precum ABN-AMRO și Miess Pierson etc.

În Liechtenstein (ale cărei interese externe sunt reprezentate de Elveția, cu care a constituit, de altfel și o uniune vamală și monetară) sunt înregistrate mai multe societăți (aproximativ 40.000), decât populația (aproximativ 25.000 de locuitori) și aceasta pentru că orice societate comercială care își stabilește sediul pe teritoriul acestui stat este scutită de plata impozitului pe profit. În Insulele Cayman, numărul societăților comerciale înregistrate este aproximativ același cu numărul populației (20.000) atracția fiind motivată de nivelul redus al fiscalității. Elveția, Antilele Olandeze etc. sunt, de asemenea, atractive grație fiscalității relativ reduse.

Istoria însăși a validat paradisurile fiscale, fiind demn de menționat în dezvoltarea acestora de către Elveția care, în ajunul celui de al doilea război, a oferit evreilor servicii bancare protejate de secret, acceptând depozite anonime. Dar exemplul de paradis modern îl constituie Bahamas-ul, care în anii 60 ai secolului trecut a reușit, impunând diferențiat pe nerezidenți, să atragă într-un timp scurt, mari investiții și să plaseze teritoriul pe locul doi în topul taxelor din serviciu bancare.

Pentru unii, evaziunea fiscală și spălarea banilor pare a fi mobilul urmărit atunci când apelează la societățile *offshore*, iar câteva cazuri cu mare ecou în lumea finanțelor (afacerile Enron și Parmalat, ori fraudele grosolane din „Principatul Sealand” și Dominionul Melchizedek”), justifică o astfel de apreciere și prejudecățile care s-au înfipt adânc în mintea celor care se luptă cu evaziunea și fraudă fiscală. Uneori, chiar la nivel instituțional, una dintre cele mai critice poziții față de fenomenul *offshore* aparținând, așa cum am văzut, OECD.

Părerile, opiniile asupra fenomenului au evoluat mult în ultimii ani, iar aceste evoluții au cauze diverse. Între ele, calitatea produselor și serviciilor oferite în centrele *offshore*. Ele atrag pentru că oferă produse financiare cu cerere mare, la prețuri scăzute și ridicat nivel calitativ. Atrag pentru stabilitatea în reglementare de care se bucură și care conferă siguranță beneficiarilor serviciilor. Atrag pentru că sunt mai puțin sau deloc influențate de măsurile de armonizare legislativă din cadrul UE și au un grad de libertate care lipsește centrelor *onshore*. Atrag pentru că formalitățile și timpul necesar pentru înființarea unor societăți comerciale sunt reduse. Atrag pentru că secretul unor operațiuni bancare este asigurat. Atrag pentru că sunt opusul a ceea ce se întâmplă pe piețele *onshore*, care sunt marcate de rate ridicate ale inflației, instabilitate politică, nivel ridicat al fiscalității, măsuri protecționiste excesive, control al schimbului monetar, birocrăția sistemului bancar și a celui administrativ fiscal, insuficienta liberalizare a piețelor financiare, fenomene însoțite de încălcarea brutală a secretului bancar și a regulii confidențialității și care, nu de puține ori, constituie veritabile atentate la dreptul la viață privată, intimitate, secret al corespondenței etc.

În orice caz, fenomenul nu poate fi și nu trebuie ignorat pentru că, potrivit publicației engleze London Times, mai mult de jumătate din banii care circulă la nivel mondial „se învârt” în mediul *offshore*⁵ și pentru că în fiecare an se înființează 140.000 de societăți comerciale cu un astfel de statut. Pentru că ele confirmă teoria lui Adam Smith referitoare la jurisdicțiile cu avantaj competitiv, teorie care aplicată domeniului examinat susține că centrele financiare *offshore* există deoarece capitalul migrează din statele unde este taxat din greu, controlat, către statele unde acesta poate “lucra” pentru proprietarii lui. Se vorbește, de altfel, chiar de un „*megatrend offshore*”, determinat de faptul că tot mai multe persoane descoperă lumea financiară *offshore*.

Nu sunt, de altfel, întâmplătoare unele schimbări de poziție față de centrele *offshore* ale administrației americane, dar și a Uniunii Europene și a CJCE.

Astfel, într-un raport publicat în 2005, semnat și de vicepreședintele Băncii Rezervelor Federale ale SUA, se remarcau efectele pozitive ale acestora în creșterea competitivității sectorului financiar. Iar într-un document al Congresului Statelor Unite, de dată mai recentă, se reține că: *„piața financiară offshore prezintă multe avantaje pentru operațiunile economice raționale.[...] Așteptările rezonabile, când se află că o entitate este angajată în operațiuni offshore este că se află acolo pentru motive economice oneste, sprijinite de avantaje ce țin de confidențialitate. Motivele cele mai importante pentru utilizarea jurisdicțiilor offshore sunt acelea de a profita de rate mari ale dobânzii când împrumuți, de a te bucura de rate mici ale dobânzii când iei cu împrumut, de a scăpa de taxe, de a te bucura de o mai mare flexibilitate în afaceri prin evitarea reglementărilor excesive într-o piață eficientă, de a te bucura de protecția confidențialității când începi o activitate (întrucât ceea ce este cunoscut de alții mai înainte poate periclita succesul afacerii sau marja profitului) și, prin mecanismele confidențialității, de a te ascunde și a te bucura de alte metode de diminuare a riscului prin diversificarea offshore, viitoare speculații și altele.”*

Cazul Statelor Unite ale Americii, țară cu o rată a fiscalității nu foarte ridicată, este un bun exemplu pentru studiul fenomenului evaziunii în paradisuri fiscale pentru că potrivit prestigioasei publicații „Fortune”, primele 1000 de corporații americane plătesc impozit pe profit foarte mic sau nu plătesc deloc. Or aceasta ar trebui să însemne că corporațiile în discuție sunt deloc sau aproape complet neprofitabile. Dar dacă așa ar sta lucrurile, atunci se pun, firească, mai multe întrebări: Dacă sunt neprofitabile, de ce mai cumpără investitorii acțiunile lor? Dacă nu aduc profit investitorilor, cum de nu se prăbușește principala bursă, New York Stock Exchange, bursă pe care acțiunile lor sunt tranzacționate? Ce legătură există între faptul că un sfert din cele 1000 de corporații „neprofitabile” sunt înregistrate în statul Delaware? De ce 40% la sută din companiile listate la New York Stock Exchange și 37% din cele listate la American Stock Exchange sunt înregistrate în același mini stat american? Care este explicația masivei migrări, în ultimi ani, a sediului corporațiilor americane către același stat și cum se face că, într-un stat cu doar 684.000 de locuitori își au astăzi sediul social peste 200.000 de corporații. Și în sfârșit, dar nu cel mai puțin important, ce legătură are acest fenomen cu o hotărâre a Curții Supreme de Justiție a Statelor Unite care a statuat că *„Oricine are dreptul de a-și organiza afacerile în așa fel încât să reducă la minimum plata impozitelor corespunzătoare: nimeni nu trebuie să își planifice cheltuielile și veniturile în funcție de exigențele maxime ale Ministerului de Finanțe: nici un cetățean nu are datoria patriotică de a plăti maximum de taxe”* (citată din G. Caraiani, Zonele libere și paradisurile fiscale, Decizie în dosarul *Helvering v. Gregory*, p. 7), considerent ce trebuie acceptat ca poziție oficială a justiției americane față de fenomenul, impropriu denumit „evaziunea fiscală legală” și care explică și justifică dihotomia noțiunii de evaziune: în evaziune fiscală legală și evaziune fiscală frauduloasă.

⁵ Thomass P. Azzara – „Tax Havens of the World,” 7th edition, New Providence Press, p.9

Să precizăm totuși că Curtea Supremă a Statelor Unite nu a făcut decât să-l parafrazeze pe Adam Smith, autorul „Avuției Națiunilor”, care a afirmat cu peste 200 de ani înainte, că **„fiecare om, atâta timp cât nu încalcă legea, este perfect îndreptățit să se ocupe de câștigul propriu, în maniera personală care îi convine”**. Sau poate pe un alt (aproape) la fel celebru dar și mai apropiat de noi economist american Milton Friedman, laureat al Premiului Nobel pentru economie în anul 1976, care ne oferea justificarea împotrivirii la impozite și a recurgerii la evaziune fiscală în termenii următori: **„finalmente, pare illogic să se spună că un om este îndreptățit să aibă ceea ce a produs prin capacități personale sau să aibă produsul avuției pe care a acumulat-o, dar că nu este îndreptățit să își transmită nici o avere copiilor lui; să se spună că un om este îndreptățit să-și folosească venitul pentru o viață desfrânată, dar că nu-l poate transmite urmașilor săi. În orice caz, transmiterea către urmași este o modalitate de a folosi ceea ce ai produs”**.

Uniunea Europeană, preocupată (în exces) de problema armonizării taxelor și impozitelor și a coordonării politicii fiscale a statelor membre (pentru că aceasta reprezintă o componentă a procesului de integrare dar și dovadă de creștere a rolului Uniunii și a instituțiilor sale), este cel puțin reticiență, dacă nu vădită ostilă, față de fenomenul **offshore**. Desigur că problemele pe care le creează aderarea la Uniune a unor țări cu statut de „paradis fiscal” nu sunt puține și nu sunt ușor de rezolvat și aceasta cu atât mai mult cu cât nivelul impozitelor constituie o prerogativă a fiecărei țări membre, iar țările membre nu sunt dispuse să renunțe ușor la această importantă prerogativă a suveranității lor. Reglementările fiscale din centrele financiare **offshore** nu sunt concordante cu politica fiscală a Uniunii Europene, în special în ceea ce privește cerințele de transparentă, respectiv de nediscriminare fiscală, acesta fiind motivul pentru care state care au devenit membre ale Uniunii Europe (exemplu: Cipru) au fost nevoite să renunțe treptat sau să diminueze facilitățile fiscale pe care le ofereau companiilor și activităților de tip **offshore**.

Dar dacă este justificată atenția care se acordă problemei, nu poate fi la fel de justificată respingerea și mai ales condamnarea categorică a fenomenului, fie și dacă avem în vedere doar faptul că, prin calitatea serviciilor și produselor, centrele **offshore** pot fi un model pentru instituțiile și societățile care funcționează **onshore**, ori (mai ales) acela că jumătate din banii în circulație pe mapamond trec prin astfel de centre, deși ele reprezintă ca suprafață, număr de locuitori și putere economică, un procent nesemnificativ.

Este, pe de altă parte, de remarcă și faptul că jurisprudența Curții de la Luxembourg este conformă cu principiile și valorile fundamentale ale dreptului atunci când confirmă dreptul fondatorilor de a decide liber asupra statului în care vor înființa societatea și a statului (statelor) în care se va desfășura activitatea (**onshore/offshore**), dreptul societăților străine la egalitate de tratament cu societățile naționale, dreptul suveran al statelor de a stabili numărul și mărimea impozitelor dar și necesitatea cooperării fiscale între statele membre, ca parte componentă a principiului colaborării loiale sau al fidelității. Curtea a reținut că **„împrejurarea că un resortisant comunitar urmărește să obțină avantaje fiscale în vigoare într-un alt stat membru, altul decât cel de reședință, nu îl poate lipsi pe acesta de dreptul de a se întemeia pe dispozițiile Tratatului, și, ca urmare, împrejurarea că societatea este stabilită într-un stat membru în scopul de a beneficia de o legislație mai favorabilă nu este suficient în sine pentru a constitui o utilizare abuzivă a acestei libertăți⁶. Înșă, în timp ce, simpla împrejurare că o societate rezidentă creează un sediu secundar, precum o filială, într-un alt stat membru, nu poate constitui o prezumție generală de evaziune fiscală și nu poate justifica o măsură ce compromite exercitarea unei libertăți fundamentale, totuși, o măsură națională ce restricționează libertatea de stabilire poate fi justificată în situația**

⁶ Pct. 27 din Hotărârea dată în cauza Centros și pct. 96 din hotărârea în cauza C-167/01, Inspire Art, Rec.2003, p.I-10155

în care vizează în mod specific aranjamente pur artificiale destinate ocolirii aplicării legislației statului membru în cauză”.⁷

Opțiunea de a desfășura activitatea într-un centru *offshore* nu are, în sine, nimic condamnatibil. Și aceasta pentru că deși există controverse cu privire la utilizarea acestora este acceptată ideea de legitimitate a opțiunii pentru constituirea unei companii într-un astfel de centru, pentru că au făcut istorie, pentru că au cunoscut o evoluție continuă și succese care le situează în fața unor centre tradiționale putând constitui modele pentru acestea, pentru că sunt atractive și se vor dezvolta în viitor, pentru că, deși există centre *offshore* suspecte ori chiar dovedite că au constituit loc de desfășurare a unor activități ilicite, aceasta nu înseamnă că toate sunt implicate în astfel de activități, pentru că nici centrele *onshore* nu sunt toate „curate”, dar și pentru că una din două bancnote sau monede în circulație tranzitează aceste centre.

Apoi, pentru că utilizarea facilităților legale pe care le oferă centrele financiare internaționale, inclusiv scutiurile de impozite și taxe, constituie o opțiune legitimă și un mod de planificare fiscală la care se apelează curent, dar și legal, în relațiile internaționale. Și pentru că este dovedit că judecarea activităților *offshore* nu trebuie confundată cu judecarea problemelor de fraudă fiscală, chiar dacă structurile *offshore* pot fi utilizate și în aceste scopuri.

Offshore-ul, o soluție pentru toate afacerile

Statul de *offshore* al unei societăți comerciale procură avantaje atât investitorului, cât și statului sau teritoriului cu un asemenea statut. Dar și altora, cum sunt societățile *onshore* care oferă servicii similare și pentru care societățile *offshore* pot constitui modele de urmat sau competitori cu care se confruntă, competiție din care pot rezulta produse și servicii mai bune.

Investitorului îi aduce **avantaje fiscale** (fiscalitate zero sau aproape zero pentru că societățile înregistrate în paradisuri fiscale plătesc doar o taxă de înregistrare anuală fixă, iar profitul se impozitează în statul de rezidență în cotă de 0-5%), formalități contabile minime, oportunități de evitare a dublei impunerii (în unele cazuri) care permite reducerea substanțială a sarcinilor fiscale etc., dar și o seamă de **avantaje conexe**: confidențialitate, anonimatul acționariatului, riscuri reduse, un nivel redus al birocrăției, flexibilitate și operativitate în înmatricularea companiei, absența controalelor traumatizante, posibilitatea derulării operațiunilor și păstrării economiilor în orice monedă care face posibilă reducerea pierderilor de pe urma cursului de schimb valutar. Centrele *offshore* sunt atractive pentru că oferă produse financiare cu cerere mare, la prețuri scăzute, dar și prin capacitatea de inovație, de creare de noi produse financiare și prin strategiile de marketing aplicate.

Centrele financiare *offshore* există deoarece capitalul migrează din statele unde este impozitat excesiv către statele unde poate lucra cu maximum de profit pentru proprietarii lui. Și, oricum, nevoia și dorința de expatriere a capitalului și a afacerilor este mai pronunțată acolo unde intervenția statului este proastă.

Dar societățile care funcționează în astfel de centre procură avantaje statelor cu astfel de regim prin: taxe de înmatriculare, funcționare, licență etc., locuri de muncă, valorificarea potențialului economic local, eliminarea sărăciei și a efortului de ajutorare a teritoriilor *offshore*. Dar statelor din care societățile pleacă spre alte țări ori spre „paradisuri fiscale”, fenomenul ar trebui să le procure momente de neliniște, iar nu reacții adverse. Pentru că fenomenul *offshore* demonstrează carențele din reglementarea activităților *onshore*.

Avem, așadar, toate motivele să ne îndreptăm privirile spre „paradisurile fiscale” și să ne înregistrăm acolo afacerile. Și nici un motiv, argument ori interdicție care să ne oprească din

⁷ Pct. 26 în cauza ICI, pct.37 din hotărârea în cauza C-324/00, Lankhorst-Hohorsdt, în Rec 2002, p. I-11779

dorința de a face afaceri într-un paradis terestru, afară de lipsa curajului de a exploata inteligent oportunitatea pe care o oferă o astfel de deplasare a afacerilor ori viziunea îngustă a celor incapabili să înțeleagă că modelul de urmat este cel care funcționează bine și nu cel care te face să fugi de el. Iar cel care funcționează cu rezultate care atrag pe orice investitori nu poate fi oprit decât cu riscuri pe care statele nu au interes să și le asume. Nu întâmplător, americanul Walter H. Diamond (1914-2008), expert în comerț, impozite și economie, autor a 81 de lucrări de specialitate, își exprima convingerea că investițiile *offshore* se vor dezvolta rapid în viitor și aceasta în pofida atacurilor, a restricțiilor impuse de guverne, a listelor negative, și ale altor asemenea măsuri și concluziona că „*de fapt, ceea ce cred este că secolul XXI va fi cunoscut ca secolul domiciliilor offshore*”.

Au înțeles oamenii de afaceri din România că afacerile în „paradisuri fiscale” reprezintă o oportunitate care nu poate fi ignorată și că „fuga” în *offshore* nu este evaziune fiscală frauduloasă ? Da, cu siguranță, pentru că recent, o societate britanică de consultanță declara unei prestigioase reviste de specialitate că realizează 600 de înregistrări pe an și că 80% dintre clienții săi sunt români.

R&D AND OUTPUT BEHAVIOR OF DUOPOLISTIC FIRMS WITH CONJECTURAL VARIATIONS IN R&D*

Shoji Haruna**
Katsunari Ohashi

Abstract

We analyze R&D and output behavior of oligopolistic firms under R&D spillover when they possess conjectural variations in R&D. By use of the conjectural variations approach, the preceding researches on R&D are extended to more general analysis and the behavior of actual firms in a lot of industries are more elucidated. This paper shows that the results on the R&D and output behavior are totally reversed by whether firms act in an aggressive or a passive way in the R&D decision. It is demonstrated that the conventional results hold under a range of competition or collusion as well. CVs in R&D play a crucial role in determining the level of technological improvement.

Keywords: *R&D, Spillover, Conjectural Variations, Oligopolistic Firms*

Introduction

Innovation plays an indispensable role in firm activities such as production, sales, new product development, and rivalry. Now innovation conducted by a firm is classified into two types: One type is process innovation, which aims to reduce the production costs by improving the production and/or sales process; and the other is product innovation, which aims to enhance the quality of a product and develop new products. d'Aspremont and Jacquemin (1988) focus on oligopolistic firms that conduct research and development (R&D) aiming at process innovation, and investigate their R&D and output behavior when spillovers on the fruits of R&D activities exist. It is shown that with high spillover rates, the R&D investment of each firm increases when the firms cooperate at both stages, in comparison with those under R&D cooperation and output competition and under R&D and output competition, while, with low spillover rates, they obtain a different result from the above.

By introducing product differentiation and using the more general model, Kamien et al. (1992) extend the analysis of d'Aspremont and Jacquemin (1988), and consider the effects of the establishment of an R&D research joint venture (RJV) under both R&D competition and R&D cartelization, demonstrating that its establishment increases the R&D under R&D cartelization in comparison with the one under R&D competition. It is also shown that RJV cartelization leads to the maximum welfare (social surplus) within the four cases of R&D competition, R&D cartelization, RJV competition, and RJV cartelization. The influence of strategic R&D and collusion on the market performance has been investigated by many researchers (e.g., Simpson and Vonortas (1994)) in addition to the work.¹ The role of R&D investment as the strategic (business stealing) method is widely considered in trade theory and trade policy as well.

Gollop and Roberts (1979), Iwata (1974), and Suzuki et al. (1993) demonstrate by empirical analysis that oligopolistic firms in several industries possess conjectural variations in

* We thank Professor Naoto Jinji, and seminar and symposium participants at Waseda, Osaka City, and Tokyo Universities for their helpful suggestions and comments.

** Professor, Ph.D. Department of Economics, Okayama University, Japan (e-mail: haruna_shoji@yahoo.co.jp).

¹ There is, for example, Symeonidis (2003) as recent research concerning product innovation.

quantities. Their results explicitly differ from the traditional Cournot assumption. This causes us to easily predict that real firms employ conjectural variations when choosing the levels of R&D.

Ohashi and Haruna (2009) shed light on output and R&D behavior of oligopolistic firms under various competition in the second stage by incorporating conjectural variations in quantities. Their approach using conjectural variations in R&D can make it possible for us to grasp such behavior under various rivalry conditions in an output market apart from Cournot competition, Bertrand competition, and Collusion.^{2,3}

They show that the R&D and output behavior of firms is explicitly affected by the degree of quantity competition (which is measured by such conjectural variations): That is, given large (small) R&D spillovers, positive conjectural variations lead to larger (smaller) R&D investment than no conjectural ones. This extends the analyses of d'Aspremont and Jacquemin (1988), and Kamien et al. (1992).

However, no papers address R&D and quantity behavior of firms with conjectural variations in R&D who predict their rivals' reactions to their decision on R&D, when making their decisions. Firms in the automobile, liquid crystal panel and semiconductor industries almost certainly make a decision on R&D investment, anticipating their rivals' reactions on its decision. In these industries conjectural variations in R&D are recently taking an important role more and more to well manage firms. Therefore, the conventional idea that they determine their R&D strategy, ignoring their rivals' response like the Cournot assumption, is right irrelevant. Then we incorporate conjectural variations in R&D into our analysis. By this our analysis could generalize and reconsider traditional analyses such as, for example, d'Aspremont and Jacquemin (1988), and Kamien et al. (1992), and throws a new real light on the investigation of the R&D and output behavior of oligopolistic firms.

We obtain the following results from the analysis. Whether conjectural variations in R&D are positive or negative has a great impact on the decisions of firms as well as the rates of spillovers. Specifically, the firms make a greater (less) investment in R&D in the presence of positive (negative) conjectural variations than in zero conjectural variations. Like this, the level of market performance is reversed by whether the conjectural variations are positive or negative. This implies that the assumption of zero conjectural variations will lead to misinterpretation on firm behavior and market performance. The validity of d'Aspremont and Jacquemin's result (1988) is also confirmed in an extended model.

The remainder of the paper is organized as follows: In Section 2 we provide a duopolistic two-stage game model with conjectural variations in R&D; and in Section 3 we take two

² To use such a static model for the analysis of oligopolistic firms is, therefore, maintained to be inappropriate as "most real world oligopoly interaction takes place over a number of periods. In this sense, static oligopoly models are of limited use" (Cabral (2000, p. 32)). It is stated that to use dynamic models for the analysis of such oligopolistic firms can resolve a methodological and conceptually justifiable problem encountered in a static model (see, e.g., Riordan (1985)). Traditional single-stage game models of oligopoly with and without conjectural variations in quantities are posited as a static model that does not explicitly consider a reaction of each rival.

³ Nevertheless, many significant results relating to oligopolistic firms are derived from the use of static models. In addition, as asserted by Dixit (1986), Martin (1993), and Shapiro (1989), analysis using a static model with conjectural variations has the following advantages. It allows us to capture firm behavior under various degrees of competition in a unified and simple model, and since conjectural variations are a convenient way of parameterizing oligopolistic behavior, they are useful for comparative static purposes. Moreover, it is easier to derive explicit results within a static model than within a dynamic model. Some advantage will be displayed when we consider firm behavior with the use of multistage game models with R&D as a strategic variable: Namely, incorporating conjectural variations into an oligopolistic model enables us to elucidate the behavior of firms. For example, Eaton and Grossman (1986) analyze the behavior of exporting firms and optimal policy in oligopolies with conjectural variations.

scenarios, depending on whether or not such conjectural variations exist, and then examine how the conjectural variations influence R&D and output of firms with R&D spillovers. In Section 4 we compare prices, profits of firms, and welfare. Moreover, to promote comprehension of the relationship of profits with the degrees of spillovers and competition we provide an illustration by the use of an example of numerical computation. The introduction of CVs in R&D provides the relationship between R&D and continuous changes, not discrete changes, in R&D rivalry. The final section concludes the paper

R&D and Output Behavior of Duopolistic Firms with Conjectural Variations in R&D

1. The Model

We elucidate R&D and output behavior of oligopolistic firms with conjectural variations (CVs) in R&D and reexamine some of previous results on firm R&D strategy. Following the two-stage game model of d'Aspremont and Jacquemin (1988), we employ a duopoly model in which two firms simultaneously choose the levels of R&D at the first stage and then outputs at the second stage.⁴ In the second stage they are always involved in Cournot quantity competition.

The market's linear inverse demand function takes the form of

$$p = a - b(q_i + q_j), \quad a > 0 \text{ and } b > 0, \quad i, j = 1, 2, \quad i \neq j, \quad (1)$$

where q_i and p denote the output of firm i and output price, respectively. Both firms produce a homogeneous good.

When the firms invest in R&D to make an innovation in the process of manufacturing and/or sales, the cost function of firm i is given by $c_i = c - x_i - \rho x_j$, $i \neq j$, where c is marginal costs, x_i and x_j are cost reductions acquired by firms i and j as a result of their R&D investments, respectively, and $\rho (\in [0, 1])$ is a spillover rate.⁵ The presence of spillovers implies that firms cannot make the fruits of their R&D investments appropriable perfectly except for $\rho = 0$.⁶ Put it differently, some fruits of each firm obtained by its own R&D activities flow out to other firms in the same industry without payment, so firm i 's R&D lowers not only its own production costs but also those of its rival. Particularly, $\rho = 1$ means that all of firms perfectly share information on all results obtained by their R&D activities each other. When they establish a research joint venture (RJV), the information on the results is perfectly shared among them. In order to reduce its production costs by x_i firm i has to spend $\nu x_i^2 / 2$, $\nu > 0$, as R&D costs, where ν stands for the efficiency or productivity of R&D. R&D investment exhibits diminishing-returns-to-scale.

The overall profits of firm i are given as

⁴ Salant and Shaffer (1998, 1999) demonstrate that, given the assumption that firms are symmetric ex ante, the symmetric solution is deduced as the R&D strategy of each firm for their joint profit maximization; however, this solution is not optimal but suboptimal, i.e., dominated by the asymmetric solution.

⁵ Spillovers are in R&D results like d'Aspremont and Jacquemin (1988), different from Kamien et al. (1992).

⁶ Incidentally, Bernstein and Nadiri (1991, p. 22) state from the empirical research on six industries of the U.S. that "A 1% increase in R&D spillovers causes a range of variable cost reduction from 0.05% to 0.24%."

$$\pi_i = (p - c_i)q_i - \frac{v}{2}x_i^2 = [a - b(q_i + q_j) - c + x_i + \rho x_j]q_i - \frac{v}{2}x_i^2, \quad i, j = 1, 2, \quad i \neq j. \quad (2)$$

Given x_i and x_j , the firms choose outputs at the second stage so as to maximize their own profits. Differentiating (2) with respect to q_i , we obtain the first-order condition for profit maximization of firm i :

$$\frac{\partial \pi_i}{\partial q_i} = a - 2bq_i - bq_j - c + x_i + \rho x_j = 0, \quad i \neq j. \quad (3)$$

Its second-order condition is given by $\partial^2 \pi_i / \partial q_i^2 = -2b < 0$. The quantity equilibrium in the second stage is locally stable, i.e., $D = (\partial^2 \pi_i / \partial q_i^2)(\partial^2 \pi_j / \partial q_j^2) - (\partial^2 \pi_i / \partial q_i \partial q_j)(\partial^2 \pi_j / \partial q_i \partial q_j) = 3b^2 > 0$.

By solving (3), we obtain the outputs for given R&D levels:

$$q_i = \frac{(a - c) + (2 - \rho)x_i + (2\rho - 1)x_j}{3b}. \quad (4)$$

Furthermore, we obtain the industry output:

$$Q = q_i + q_j = \frac{2(a - c) + (1 + \rho)(x_i + x_j)}{3b}. \quad (5)$$

When we substitute (4) and (5) into (2), the overall profits of each firm are given as

$$\pi_i = bq_i^2 - \frac{v}{2}x_i^2, \quad i = 1, 2. \quad (6)$$

Next, we turn to R&D decisions of both firms at the first stage. The Cournot assumption that each firm behaves as if its rivals will not alter their outputs to a change in the output of the former, however, does not go well with the behavior of real firms. Rather, they have CVs in quantities (see, e.g. Iwata (1974) and Suzuki et al. (1993)).⁷ Similarly, it is easily inferred that lots of firms decide their levels of R&D investment, predicting rivals' reactions to a change in their R&D investments, that is, they possess CVs in R&D investment as in quantities, although the CVs have been ignored in the previous researches. Among others, as such CVs play an important role in decisions of real firms, we incorporate them into the analysis. Thus firms i and j choose their own R&D, employing their own CVs. Differentiating (6) with respect to x_i yields the first-order condition:

⁷ Ohashi and Haruna (2009) consider the R&D and output behavior of firms without the Cournot assumption.

$$\frac{\partial \pi_i}{\partial x_i} = \frac{2[2 - \rho + \beta_i(2\rho - 1)][(a - c) + (2 - \rho)x_i + (2\rho - 1)x_j]}{9b} - vx_i = 0, \quad i, j = 1, 2, \quad i \neq j, \quad (7)$$

where $\beta_i = \partial x_j / \partial x_i$ and $\beta_j = \partial x_i / \partial x_j$ are the CVs in R&D of firms i and j , respectively. Now β_i is the rate of R&D change of firm j anticipated by firm i in response to a change in its own R&D, and is assumed to be constant. Although in the previous literature CVs in R&D have been set to $\beta_i = \beta_j = 0$ until now, we assume that their CVs lie in the ranges $\beta_i \in [-1, 1]$ and $\beta_j \in [-1, 1]$. A positive and large value of CVs captures predictions that rivals will respond aggressively to any attempt by firm i to increase R&D investment. Then such predictions inversely lead firm i to less aggressive behavior, i.e., small R&D investment. In the end, the anticipation of aggressive responses of the rivals gives rise to more collusive equilibrium in the first stage. As the relationship between the value of CVs in R&D and firm behavior in the first stage the following one is established: Both firms competitively determine their R&D by Cournot-type behavior when $\beta_i = \beta_j = 0$, perfect-competitively determine their R&D by Bertrand-type behavior when $\beta_i = \beta_j = -1$, and determine their R&D by collusive behavior when $\beta_i = \beta_j = 1$, that is firms form an R&D cartel in which they choose their R&D levels so as to maximize the sum of their overall profits.⁸ Parameter β_i is, therefore, considered to be an index denoting the degree of competition or collusion among firms in the first stage.⁹ Incidentally, the conjectural variations in R&D may or may not be consistent, because we have no special interest in the consistent CVs.

The R&D reaction function of firm i is reduced to:

$$x_i = -\frac{2(2\rho - 1)[2 - \rho + \beta_i(2\rho - 1)]}{2(2 - \rho)[2 - \rho + \beta_i(2\rho - 1)] - 9bv} x_j - \frac{2(a - c)[2 - \rho + \beta_i(2\rho - 1)]}{2(2 - \rho)[2 - \rho + \beta_i(2\rho - 1)] - 9bv}.$$

This function is a function obtained under various scenarios ranging from much more competition than Cournot-type competition to full cooperation (cartelization) in R&D, as shown by the value of CVs. It is dependent on the slopes of the reactions curves whether their curves cross the “wrong” way.¹⁰ It is helpful to use a numerical example to check the slopes. According

⁸ See, for example, Shapiro (1989), Martin (1993), and Dixit (1986), for the relationship between the value of CVs in quantities and the degree of competition or collusion in output markets. When the value is zero, the definition of R&D competition is the same as that, i.e. pure competition, in, e.g., d’Aspremont and Jacquemin (1988), Kamien et al. (1992), and Amir and Wooders (1998).

⁹ Previous studies by d’Aspremont and Jacquemin (1988), Kamien et al. (1992), and so on do not consider R&D and output behavior of firms involved in much more competition than Cournot-type competition in the R&D stage.

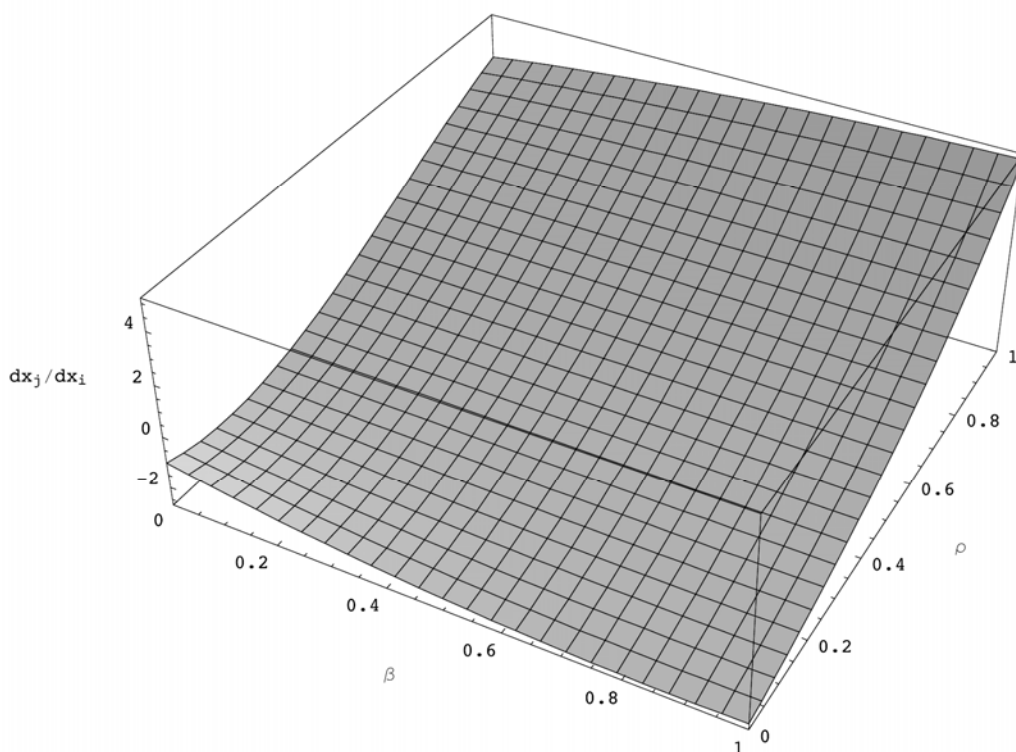
¹⁰ The slope of firm i 's R&D reaction function on the plane (x_i, x_j) is given by:

$$\frac{dx_j}{dx_i} = -\frac{2(2 - \rho)[2 - \rho + \beta_i(2\rho - 1)] - 9bv}{2(2\rho - 1)[2 - \rho + \beta_i(2\rho - 1)]}.$$

Then this is of either sign: That is, the reaction curves may or may not slope downward, as first pointed out by Henrigues (1990). Amir and Wooders (1998, p.63) “shows that under R&D competition the firms’ reaction functions may cross the “wrong” way.” In order for CVs to be consistent, the slopes of the reaction curves of firms

to the example with $b = 0.5$ and $v = 0.25$, the slopes are affected more strongly by spillovers rather than by CVs. In particular, the signs of the slopes turn from positive to negative signs as the spillovers approach one. The slope of the firm i 's reaction curve is positive and maximized at the point of $(\beta, \rho) = (-1, 0)$, but negative and minimized at the point of $(\beta, \rho) = (1, 1)$. Further, there is doubtless some range where the curves cross the wrong way. The example indicates that the slope of the R&D reaction curve gets positive like quantity reaction curves and increasingly great as the value of the CVs approach -1. To see the pure effect of a change in the value of CVs on the reaction curve of firm i we set $\rho = 0$ as a simple case, so increased CVs shift its reaction curve downward. However, its effect will get more complicated when spillovers exist.

Figure 1. Slope of the reaction function in R & D space



The term $(2\rho - 1)x_j$ in the numerator of (7) represents the effect of firm j 's R&D investment on firm i 's costs through spillovers (say the free-rider effect). If spillover rates are high, i.e., $1/2 < \rho \leq 1$, then the R&D of firm j lowers both its own and firm i 's production costs,

i and j have to be equal to β_i and β_j , i.e., $dx_j/dx_i = \beta_i$ have to hold. Specifically, when there exist CVs in R&D, the consistent CVs are obtained when $\beta_i = (2 - \rho)[1 \pm \sqrt{(2\rho + 7 - 36bv)/(2\rho - 1)}]/2$. When there are not spillovers, the CVs are reduced to $\beta_i = 1 \pm \sqrt{36bv - 7}$.

which in turn increases their profits. In contrast, if the rates are low, i.e., $0 \leq \rho < 1/2$, then firm j can gain an advantage over firm i by its R&D and depress the latter. Meanwhile, parts $\beta_i(2\rho - 1)$ in $[2 - \rho + \beta_i(2\rho - 1)]$ in the numerator of (7) include the effect of the CVs on the R&D. Now the combined externality of both effects may be positive, negative, or zero: It is positive when $\beta_i > 0$ and the spillover rates are high, while negative when $\beta_i < 0$ and the rates are low. When the externality is positive (negative), CVs have an incentive (a disincentive) for both firms to invest more (less) in R&D.

Hereafter, let us assume that the two firms are symmetric, i.e., $\beta_i = \beta_j = \beta$, and $x_i = x_j = x$ for simplicity. Then the symmetric conjectural variations equilibrium (SCVE) is established in the two-stage game model of duopoly. By using this assumption and solving (7), we obtain the value of R&D investment under the SCVE:

$$x^* = \frac{2[2 - \rho + \beta(2\rho - 1)](a - c)}{\Delta}, \tag{8}$$

where $\Delta = 9bv - 2(1 + \rho)[2 - \rho + \beta(2\rho - 1)]$. The second-order condition in the first stage is assumed to be satisfied.¹¹ Whether or not the SCVE is stable depends on such parameters as R&D conjectural variations, spillover rates, and R&D efficiency.¹²

Substituting (8) into (4), (5), and (6) yields the outputs and profits under the SCVE as follows:

$$q^* = \frac{3v(a - c)}{\Delta}, \quad Q^* = \frac{6v(a - c)}{\Delta} = 2q^*,$$

$$\pi^* = b \left[\frac{3v(a - c)}{\Delta} \right]^2 - \frac{v}{2} \left[\frac{2[2 - \rho + \beta(2\rho - 1)](a - c)}{\Delta} \right]^2.$$

Then consumer and producer surplus, and welfare under the SCVE are given as

$$CS^* = \frac{18bv^2(a - c)^2}{\Delta^2} = 2b(q^*)^2, \quad PS^* = \Pi^* = 2\pi^*,$$

¹¹ The second-order condition for firm i is given by:

$$\partial^2 \pi_i / \partial x_i^2 = 2[2 - \rho + \beta(2\rho - 1)]^2 / 9b - v < 0.$$

If this is satisfied, then there exists an internal solution in the R&D stage. As a simple case, given $\rho = 0$, it is reduced to $9bv > (2 - \beta)^2$, while, given $\beta = 0$, reduced to $9bv > (2 - \rho)^2$.

¹² It follows that the SCVE has an internal equilibrium and is stable for the pairs of (bv, ρ) such as $S_1 = \{(bv, \rho) \mid 2(2 - \beta)/3 \leq bv \text{ and } 0 \leq \rho \leq 1\}$, $S_2 = \{(bv, \rho) \mid 1/2 \leq bv < 2(2 - \beta)/3 \text{ and } [3(1 - \beta) - \sqrt{(1 + \beta)^2 + 6bv(1 - 2\beta)}] / 2(1 - 2\beta) < \rho \leq 1\}$, and $S_3 = \{(bv, \rho) \mid 4(1 + \beta)/9 \leq bv < 1/2 \text{ and } [(1 + \beta) + 3\sqrt{(1 + \beta)^2 - 2bv(1 - 2\beta)}] / 2(1 - 2\beta) < \rho \leq 1\}$. Henriques (1990) and Haruna (2003) examine the local stability of the symmetric R&D equilibrium in the first stage. Besides, Amir and Wooders (1998) consider the stability of the symmetric equilibrium under R&D competition in the first stage and Cournot quantity competition in the second stage.

$$W^* = CS^* + PS^* = \frac{2v\{18bv - 2[2 - \rho + \beta(2\rho - 1)]^2\}(a - c)^2}{\Delta^2}, \quad (9)$$

where Π^* stands for the sum of the overall profits of the duopolistic firms.

We take two cases according to CVs in R&D: One is Case 1 ($\beta \neq 0$) where each of the firms chooses its R&D, anticipating its rival's reaction to a change in its R&D; and the other is the benchmark case ($\beta = 0$) where it chooses its R&D, anticipating its rival's no reaction to its change.

The amounts of R&D investments in Case 1 and the benchmark case are given, respectively, as

$$\hat{x} = \frac{2[2 - \rho + \beta(2\rho - 1)](a - c)}{\hat{\Delta}}, \quad (10)$$

$$\tilde{x} = \frac{2(2 - \rho)(a - c)}{\tilde{\Delta}}, \quad (11)$$

where $\hat{\Delta} = 9bv - 2(1 + \rho)[2 - \rho + \beta(2\rho - 1)]$ and $\tilde{\Delta} = 9bv - 2(1 + \rho)(2 - \rho)$.

Let us consider how R&D investment changes as parameters β and ρ change. First, from the comparative statics on CVs, $d\hat{x}/d\beta = 18bv(a - c)/(2\rho - 1)/\hat{\Delta}^2$ is yielded from (10). This shows that the effect on R&D levels depends crucially on spillover levels: That is, an increased value of a firm's CVs about its rival's reaction leads to a reduction in its R&D investment if the levels are low, i.e. $0 \leq \rho \leq 1/2$, while it leads to its increase if the rates are high. Given small (great) spillover rates, the effect of reducing costs (the free-rider effect) caused by R&D spillovers which is beneficial to its rival is small (great), so that an increased value of the CVs causes its marginal revenue in R&D to decrease (increase), which in turn increases (decreases) its R&D. Put it differently, note that the less competitive or more collusive the first stage, the more likely firms are to decrease (increase) their R&D for small (great) spillovers.

Second, with respect to the effect of spillover rates on R&D in Case 1 we have

$$\frac{d\hat{x}}{d\rho} = \frac{2(a - c)}{\hat{\Delta}^2} \{-9bv + 2[2 - \rho + \beta(2\rho - 1)]^2 + 9bv(2\beta)\}.$$

In the conventional case with zero CVs, their effect is reduced to $d\tilde{x}/d\rho = 2(a - c)[-9bv + 2(2 - \rho)^2]/\tilde{\Delta}^2$, so it gets negative as long as the first stage SCVE is stable. Generally, $d\hat{x}/d\rho$ is of either sign, but the sufficient condition for $d\hat{x}/d\rho > 0$ is $\beta \geq 1/2$. In this case increased spillover rates lead to an increase in R&D. In contrast, when the SCVE is stable and CVs are negative, the increased ones cause R&D to reduce.

2. Comparisons of R&D investments and Outputs

In order to see how CVs in R&D plays a role in the R&D decision of duopolistic firms we compare the R&D investments \hat{x} and \tilde{x} under the SCVE in both Case 1 ($\beta \neq 0$) and the benchmark case ($\beta = 0$), respectively. Using (10) and (11), we obtain the following result:

$$\hat{x} - \tilde{x} = \frac{18\beta bv(2\rho - 1)(a - c)}{\hat{\Delta}\tilde{\Delta}}. \quad (12)$$

We compare both R&D investments. From (12), (i) given $\beta > 0$, we have $\hat{x} \leq \tilde{x}$ for $0 \leq \rho \leq 1/2$ (equality holding at $\rho = 1/2$) and $\hat{x} > \tilde{x}$ for $1/2 < \rho \leq 1$, and, (ii) given $\beta < 0$, we have $\hat{x} \geq \tilde{x}$ for $0 \leq \rho \leq 1/2$ (equality holding at $\rho = 1/2$) and $\hat{x} < \tilde{x}$ for $1/2 < \rho \leq 1$ as well.

We summarize these results as the following proposition:

Proposition 1. (i) Suppose that firms have non-negative conjectural variations in R&D, i.e., $0 \leq \beta \leq 1$. Then the equilibrium R&D investments \hat{x} and \tilde{x} satisfy the following:

If $0 \leq \rho \leq 1/2$, then $\hat{x} \leq \tilde{x}$ (equality holding at $\rho = 1/2$), and if $1/2 < \rho \leq 1$, then $\tilde{x} < \hat{x}$.

(ii) Suppose that firms have negative conjectural variations in R&D, i.e., $-1 \leq \beta < 0$, the equilibrium R&D investments satisfy the following:

If $0 \leq \rho \leq 1/2$, then $\tilde{x} \leq \hat{x}$ (equality holding at $\rho = 1/2$), and if $1/2 < \rho \leq 1$, then $\hat{x} < \tilde{x}$.

The outcome of Proposition 1 shows that the classification of R&D levels is substantially affected by CVs in R&D as well as spillovers. The result (i) of the proposition is intuitively explained as follows. With positive CVs, a firm conversely behaves in a passive way, not in an aggressive way, when choosing R&D, because its rival is anticipated to respond to its choice in an aggressive way. Besides, the magnitude of the benefit due to a reduction in production costs, which the rival could obtain as a result of the firm's R&D, is small, that is large R&D is beneficial to the firm itself, but detrimental to the rival if spillover rates are low. Thus the firm with no CVs chooses to prefer larger R&D for low spillovers. On the other hand, the result (ii) of the proposition is explained as follows. With negative CVs, a firm behaves in an aggressive way in the decision of R&D because its rival is anticipated to respond to its decision in a passive way. Taking account of the free-rider effect caused by R&D spillovers, firms prefer greater and smaller R&D according to lower and higher spillover rates, respectively.

Incidentally, when firms establish an RJV ($\rho = 1$), whether they have an incentive to increase more or less R&D investment is dependent of whether they have positive or negative CVs: Namely, positive CVs lead to higher R&D, but negative CVs to lower R&D in comparison with its level under no CVs. In contrast, if there are no spillovers, R&D is depressed by positive CVs, but encouraged by negative CVs.

We see that the results (i) and (ii) on the R&D classification are totally the reversed by whether or not CVs is positive. The classification depends critically on whether firms act in an aggressive or a passive way based on the anticipated reactions of their rivals. This implies that not only spillovers but also CVs in R&D substantially affect the progress of technological improvement. The effectiveness of R&D policy relies greatly on firm CVs as well as spillovers as well. To improve its effectiveness the government has to take account of the values of the CVs of firms in each industry.

d'Aspremont and Jacquemin (1988) compare two R&D investments under the cases where duopolistic firms act either non-cooperatively (equivalent to $\beta = 0$) or full-collusively (equivalent to $\beta = 1$) in the first stage and act non-cooperatively in the second stage. As shown above, their

result explicitly carries over to the intermediate case ($0 < \beta < 1$) where they act less non-cooperatively and less-collusively. This means that their result with respect to the R&D classification is robust independent of whether firms fully or partially cooperate in the R&D decision.

Let us compare the outputs \hat{q} and \tilde{q} which are represented as a function of R&D investment as follows:

$$\hat{q} = \frac{a - c + (1 + \rho)\hat{x}}{3b}, \quad \text{and} \quad \tilde{q} = \frac{a - c + (1 + \rho)\tilde{x}}{3b}$$

Then we have

$$\hat{q} - \tilde{q} = \frac{(1 + \rho)(\hat{x} - \tilde{x})}{3b}. \quad (13)$$

From the results of Proposition 1 and (13) we immediately establish one of the following proposition:

Proposition 2. (i) Suppose that firms have non-negative conjectural variations in R&D, i.e., $0 \leq \beta \leq 1$. Then the equilibrium outputs \hat{q} and \tilde{q} satisfy the following: If $0 \leq \rho \leq 1/2$, then $\hat{q} \leq \tilde{q}$ (equality holding at $\rho = 1/2$), and if $1/2 < \rho \leq 1$, then $\tilde{q} < \hat{q}$.

(ii) Suppose that firms have negative conjectural variations in R&D, i.e., $-1 \leq \beta < 0$, then the outputs satisfy the following:

If $0 \leq \rho \leq 1/2$, then $\tilde{q} \leq \hat{q}$ (equality holding at $\rho = 1/2$), and if $1/2 < \rho \leq 1$, then $\hat{q} < \tilde{q}$.

As demonstrated by this proposition, each firm produces less output in the presence of positive CVs than in their absence when spillover rates are low, while it produces more output in the presence of them when the rates are high. We provide an intuitive explanation for the outcome of the proposition. We recall from (4) that whenever spillover rates are higher (lower) than 0.5, CVs have the effect to increase (decrease) R&D, and its rival's R&D as well as its own one, furthermore, increases (decreases) output for positive CVs, as shown in (12), while the reverse result holds for negative CVs. Thus, given high (low) spillovers, the outputs are larger (smaller) when they have positive CVs than when they do not, while the inverse result holds in the case of negative CVs.¹³

The result of d'Aspremont and Jacquemin (1988), which is derived under non CVs, is the same result as our result. Like the result of R&D comparison their result on quantity carries over to the more general case.

¹³ As known from (3), the quantity reaction curves of both firms are downwardly sloping. As an increase in positive CVs decreases (increases) R&D investment as long as spillovers are small (large), this causes the reaction curves and then the second-stage symmetric equilibrium to shift downward (upward). With respect to negative CVs the reverse story holds.

3. Comparisons of Prices, Profits, and Welfare

Since the inverse demand function is given by (1), we immediately obtain the following results concerning the price ranking from Proposition 2.

Corollary. (i) Suppose that firms possess non-negative conjectural variations in R&D, i.e., $0 \leq \beta \leq 1$. Then the equilibrium prices \hat{p} and \tilde{p} satisfy the following relationship:

If $0 \leq \rho \leq 1/2$, then $\hat{p} \geq \tilde{p}$ (equality holding at $\rho = 1/2$), and if $1/2 < \rho \leq 1$, then $\tilde{p} > \hat{p}$.

(ii) Suppose that firms possess negative conjectural variations in R&D, i.e., $-1 \leq \beta < 0$. Then the prices satisfy the following relationship:

If $0 \leq \rho \leq 1/2$, then $\tilde{p} > \hat{p}$ (equality holding at $\rho = 1/2$), and if $1/2 < \rho \leq 1$, then $\hat{p} > \tilde{p}$.

This corollary is obtained directly from Proposition 2 (i) and states that, given small spillovers, consumer surplus is smaller in the benchmark case than in Case 1 with positive CVs, but, given large spillovers, the opposite result is derived. The results (i) and (ii) show that the magnitude of consumer surplus is totally reversed by whether CVs are positive or negative. From the proposition, even if there are no spillovers, consumer surplus gets less (larger) as a result of positive (negative) CVs rather than in the absence of them, while if firms organize an RJV, the surplus gets larger (less) as a result of positive (negative) CVs. This implies that it is detrimental to the consumer that firms possess positive CVs, while it is beneficial that they possess negative CVs. In general, it depends the value of CVs on whether R&D promotion policy is beneficial to the consumer. The latter result (i) of Corollary is the same as the results of Kamien et al. (1992) and d'Aspremont and Jacquemin (1988). It shows that their results hold in the extended model with various degrees of R&D competition.

Now we make a comparison of the firms' overall profits. Then it follows that

$$\hat{\pi} - \tilde{\pi} = b(\hat{q}^2 - \tilde{q}^2) - v(\hat{x}^2 - \tilde{x}^2)/2 = (\hat{x} - \tilde{x})[4(1 + \rho)(a - c) + (2(1 + \rho)^2 - 9bv)(\hat{x} + \tilde{x})]/18b, \text{ where} \\ \hat{q} + \tilde{q} = [2(a - c) + (1 + \rho)(\hat{x} + \tilde{x})]. \text{ We establish the following proposition.}$$

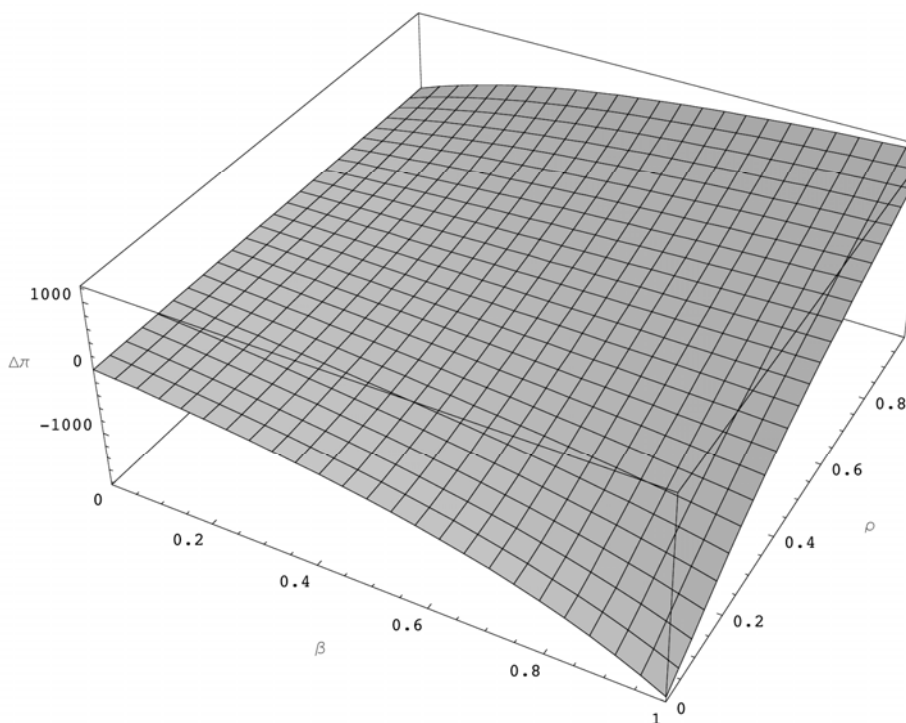
Proposition 3. Assume that there exist spillovers that satisfy $2(1 + \rho)^2 - 9bv \geq 0$. Then it follows that $\text{sgn}(\hat{\pi} - \tilde{\pi}) = \text{sgn}(\hat{x} - \tilde{x})$ unambiguously holds.

Taking Proposition 1 into consideration, we can derive some more specified results as follows: When there exist spillovers that satisfy $2(1 + \rho)^2 - 9bv \geq 0$, we obtain that $\hat{\pi} \leq (>) \tilde{\pi}$ for $0 \leq \beta \leq 1$ ($-1 \leq \beta < 0$) (equality holding at $\rho = 1/2$) and $\hat{\pi} > (<) \tilde{\pi}$ for $0 \leq \beta \leq 1$ ($-1 \leq \beta < 0$) according to $0 \leq \rho \leq 1/2$ and $1/2 < \rho \leq 1$, respectively. The proposition shows that firm profits are explicitly affected by CVs in R&D which firms possess before choosing R&D levels. The CVs play an important role in determining their choice. Alternatively, we notice that the result of Kamien et al. (1992), that the profits of firms under R&D collusion are larger than those under R&D competition, is also valid under partial competition or cooperation in R&D. The results on profit comparison are reversed by whether or not CVs are

positive. It might not be easy for both the stability condition of the SCVE in the first stage and the condition $2(1 + \rho)^2 - 9bv \geq 0$ to be satisfied simultaneously.

To get an intuitive comprehension on the comparison, we employ a numerical computation with $a - c = 40$, $b = 0.5$, $v = 0.5$ and $0 \leq \beta \leq 1$. Figure 1, where $\Delta\pi = \hat{\pi} - \tilde{\pi}$, demonstrates the relationship of $\Delta\pi$ to (β, ρ) . According to it, as CVs and spillover rates both rise, a difference between $\hat{\pi}$ and $\tilde{\pi}$, i.e. $\Delta\pi$, becomes larger. On the other hand, if the rates are small, then $\Delta\pi$ decreases and becomes negative as the CVs rise. Among others, $\Delta\pi$ is maximized at $(\beta, \rho) = (1, 1)$, but minimized at $(\beta, \rho) = (1, 0)$.

Figure 2 Comparison of Profits in Case 1 and the Benchmark Case



Let us turn to the comparison of welfare. We obtain the following proposition from (9) and Propositions 2 and 3.

Proposition 4. Assume that there exist spillovers that satisfy $2(1 + \rho)^2 - 9bv \geq 0$. Then, it follows that $\hat{W} \leq (\geq) \tilde{W}$ and $\hat{W} > (<) \tilde{W}$ for $0 \leq \beta \leq 1$ ($-1 \leq \beta < 0$) according to $0 \leq \rho \leq 1/2$ and $1/2 < \rho \leq 1$ (equality holding at $\rho = 1/2$), respectively.

We see that the magnitude of welfare explicitly depends on both values of spillovers and CVs.¹⁴ For example, when spillovers are low (high), it is larger when firms act in an aggressive way in the R&D decision stage ($-1 \leq \beta < 0$) than when they do not ($\beta = 0$), while the reverse result is derived when they act in a passive way. Kamien et al. (1992) show that welfare (total surplus) is maximized in the equilibrium under RJV cartelization, where corresponds to the case with $(\beta, \rho) = (1, 1)$. However, they do not consider R&D levels under intermediate cases between R&D competition (including RJV competition) and R&D cartelization (including RJV cartelization) and under more intense competitive cases than R&D Cournot competition. It also depends on spillover rates whether both the collusive equilibrium and the most aggressive firm behavior in the R&D decision stage lead to less or more welfare than the Cournot equilibrium ($\beta = 0$). The level of welfare is substantially affected by the anticipation of a firm on its rival's response to a change in its R&D. This result points out that although their roles have been traditionally largely overlooked, the government should not overlook the roles of CVs in welfare if it pursues the R&D policy to improve welfare.

Conclusions

We have investigated how CVs in R&D influence R&D and output behavior of duopolistic firms by employing a two-stage game model. It has been conventionally assumed that a firm makes its output decision, anticipating that its rival takes no response to a change in its output like the Cournot assumption, whereas it had been empirically already elucidated by lots of papers that actual firms behave differently from the assumption when choosing their outputs. We can easily infer that the same argument as this also holds true in their R&D decisions. Thus the use of CVs in R&D as the tool to investigate the behavior of real firms in more detail is informative.

We have shown that the R&D and output choices of duopolistic firms are greatly affected by whether or not they possess CVs. For example, when the levels of R&D and output in the presence of CVs are compared with those in their absence, their classifications are totally reversed as the value of CVs changes, say, positive to negative. As demonstrated by our results, disregard of CVs in R&D will result in a misunderstanding about firm behavior and the government R&D policy.

In previous papers (e.g. d'Aspremont and Jacquemin (1988) and Kamien et. al (1992)) results on R&D classification are obtained under comparison of the levels of R&D investments and outputs only in limited cases as in competitive ($\beta = 0$) and collusive ($\beta = 1$) equilibria. However, by the new approach utilizing the character of CVs in R&D that their value corresponds to the degree of R&D competition or collusion, we have demonstrated that the same results as their results also hold in a less collusive ($0 \leq \beta \leq 1$) case, not limited to the full collusive case. Furthermore, we have shed light on the various cases where firms possess negative CVs, namely become involved in both Bertrand competition and intermediate competition between Bertrand and Cournot competition.

Finally, the use of CVs has the merits of enabling us to visually depict the relationship between competition (or collusion) and firm decision.

¹⁴ d' Aspremont and Jacquemin (1998) and Suzumura (1992) do not compare welfare under several market structures. Qiu (1997) compares welfare when firms are involved in Bertrand and Cournot competition in the second stage of quantity decision, but in competition in the first stage of R&D decision.

References

1. Amir, R. and J. Wooders, 1998, "Cooperation vs. Competition in R&D: the Role of Stability of Equilibrium," *Journal of Economics*, 67, 63-73.
2. Bernstein, Jeffery I. and M. Ishag Nadiri, 1991, "Product Demand, Cost of Production, Spillovers, and the Social Rate of Return to R&D," NBER Working Paper No.3625.
3. Boyer, Marcel and Michel Moreaux, 1983, "Conjectures, Rationality and Duopoly Theory," *International Journal of Industrial Organization*, 1, 23-41.
4. Bresnahan, Timothy F., 1981, "Duopoly Models with Consistent Conjectures," *American Economic Review*, 71, 934-945.
5. Cabral, Luis M. B. (ed.), 2000, *Reading in Industrial Organization*, Massachusetts: Blackwell.
6. d'Aspremont, Claude and Alexis Jacquemin, 1988, "Cooperative and Noncooperative R&D in Duopoly with Spillovers," *American Economic Review*, 78, 1133-1137.
7. Dixit, Avinash, 1986, "Comparative Statics for Oligopoly," *International Economic Review*, 27, 107-122.
8. Dixon, Huw, 1986, "Strategic Investment with Consistent Conjectures," *Oxford Economic Papers*, 38, 111-128.
9. Eaton, Jonathan and Gene M. Grossman, 1986, "Optimal Trade and Industrial Policy under Oligopoly," *Quarterly Journal of Economics*, 101, 383-406.
10. Gollop, Frank M. and Mark J. Roberts, 1979, "Firm Interdependence in Oligopolistic Markets," *Journal of Econometrics*, 10, 313-331.
11. Haruna, Shoji, 2003, "Trade Policy under a Duopoly and R&D Spillovers," *International Economy* (screening series), 8, 3-20.
12. Henriques, Irene, 1990, "Cooperative and Noncooperative R&D in Duopoly with Spillovers: Comment," *American Economic Review*, 80, 638-640.
13. Iwata, Gyoichi, 1974, "Measurement of Conjectural Variations in Oligopoly," *Econometrica*, 42, 947-966.
14. Kamien, Morton I. and Nancy L. Schwartz, 1983, "Conjectural Variations," *Canadian Journal of Economics*, 16, 191-211.
15. Kamien, Morton I., Eitan Muller and Israel Zang, 1992, "Research Joint Venture and R&D Cartels," *American Economic Review*, 82, 1293-1306.
16. Martin, Stephen, 1993, *Advanced Industrial Economics*, Oxford: Blackwell.
17. Ohashi, Katsunari and Shoji Haruna, 2009, "An Analysis on Output and R&D behavior of Oligopolistic Firms under Various competition," in: *Frontier of International Microeconomics*, edited by Ishii, Yasunori, Tokyo: Waseda University Press (in Japanese).
18. Qiu, Larry D., 1997, "On the Dynamic Efficiency of Bertrand and Cournot Equilibria," *Journal of Economic Theory*, 75, 213-229.
19. Riordan, Mihael H., 1985, "Imperfect Information and Dynamic Conjectural Variations," *RAND Journal of Economics*, 16, 41-50.
20. Salant, Stephen W. and Greg Shaffer, 1998, "Optimal Asymmetric Strategies in Research Joint Ventures," *International Journal of Industrial Organization*, 16, 195-208.
21. Salant, Stephen W. and Greg Shaffer, 1999, "Unequal Treatment of Identical Agents in Cournot Equilibrium," *American Economic Review*, 89, 585-604.
22. Shapiro, Carl, 1989, "Theories of Oligopoly Behavior," In Richard Schmalensee and Robert D. Willig (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, Amsterdam: North-Holland.
23. Simpson, R. David and Nicholas S. Vonortas, 1994, "Cournot Equilibrium with Imperfectly Appropriable R&D," *Journal of Industrial Economics*, 42, 79-92.
24. Suzuki, Nobuhiro, John E. Lenz and Olan D. Forker, 1993, "A Conjectural Variations Model of Reduced Japanese Milk Price Supports," *American Journal of Agricultural Economics*, 75, 210-218.
25. Suzumura, Kotaro, 1992, "Cooperative and Noncooperative R&D in an Oligopoly with Spillovers," *American Economic Review*, 82, 1307-1320.
26. Symeonidis, George, 2003, "Comparing Cournot and Bertrand Equilibria in a Differentiated Duopoly with Product R&D," *International Journal of Industrial Organization*, 21, 39-55.

INTERNATIONAL MARKETING STRATEGIES IN THE GLOBALISATION ERA

Oana Simona HUDEA*
Răzvan-Mihail PAPUC*

Abstract

This paper aims to present an overview of the international marketing characteristics, trying to reveal the issues differentiating it from the domestic marketing. Everything starts from analysing the impact of globalisation on the removal of cross borders and the extent to which this is reflected into a trend towards a common, global strategy manifested on the global market. Yet, this transition doesn't occur suddenly; any company passing from a domestic position to a global one shall undergo several stages and adopt various instruments allowing it to go forward. From this perspective, a comparative versus competitive advantage is approached, this work outlining that the companies acting internationally shall consider the opportunity cost both of their origin country in relation to that of the target country, as well as of the companies concerned in relation to their competitors acting in the same industry. The intention of the paper is also to detect the most appropriate means for conceiving and developing adequate international marketing strategies, given the ocean of unknown variables the international company has to deal with on the foreign market, to select the most fitted marketing mix allowing it to address issues successfully.

Key words: *globalisation, domestic marketing, international marketing, marketing strategy, marketing mix*

Introduction

The purpose of this paper is to approach international marketing which embodies the application of marketing principles to more than one country. It explains how to conceive and integrate marketing entry and development strategies based on a solid analysis and understanding of the company micro-environmental and macro-environmental elements. All size companies, activating in various fields of activity, accept the challenge to extend over the country borders and build connections with the “outside” world. Companies’ international marketing activities register a continuously growing importance in the globalised economy.

The paper analyses objectively, in a generic way, the behaviour and actions to be undertaken by the enterprise competing on the world market, without particularising as for a specific home or foreign country. To achieve sustainable growth on the international market, managers and organisations as a whole should have the possibility to study, at a theoretical and practical level, and understand the diversity and complexity of the international marketing and to apply it in an appropriate way.

Given the magnitude of this intensive phenomenon, the theme turned into a very interesting topic to be analysed and depicted in its most perceptible details. Many authors, all around the world dedicated their time and effort to treat this issue, expressing their perception in this regard, sometimes coming into contradiction with each other, but always acting constructively in order to create a clear and relevant image in the matter.

This article attempts to review and construe, from a personal perspective, the pertinent literature, based on remarkable studies treating this topic, in order to achieve a deep understanding

* Assistant, Ph.D. Candidate, Faculty of Social and Administrative Sciences -“Nicolae Titulescu” University, Bucharest, Romania (caraman_simmy2005@yahoo.com)

** Lecturer, Ph.D., Faculty of Business Administration, Bucharest University

of it. It is meant to describe, in a clear and concise way, the main theoretical and practical concepts characterising marketing in general and international marketing in particular, rendering by a systematic comparative analysis the long and subtle transition of a company from domestic to global stage.

Literature review

Approaching international marketing has proved to be one of the most frequent preoccupations of the specialists in the matter, considering the accelerated development of the international business during the last decades when we are quickly directing our steps towards a global world. To achieve sustainable growth in markets that are becoming increasingly global, or merely to survive in domestic markets that are increasingly attacked by international players, it is essential that the organisations understand the complexity and diversity of international marketing and that their managers develop the skills, aptitudes and knowledge necessary to compete effectively around the globe (Doole, Isobel, and Lowe, Robin, 2007, p.xv).

This becomes essentially important taking into account the fact that the foreign markets encompass a large number of unknown variables to be decrypted by any new-coming trying to create its own peaceful place on the international market. The international marketing environment is a complex constellation of demands and constraints which the firm faces as it attempts to compete and grow. (Bradley, Frank. 2005, p.15).

Yet, successfully facing the challenge and getting competitive advantage is not easy to achieve. Companies should search for ways to convert worldwide production, marketing, research and development into a competitive advantage (Porter, Michael. 1986, p. 2). By doing this, any company will have the opportunity to show its potential and to set the grounds for an effective development in the new world.

INTERNATIONAL MARKETING STRATEGIES IN THE GLOBALIZATION ERA

1. Setting up and developing international companies in a global world

1.1. Globalisation – an ongoing process

The last decades, globalisation became one of the most discussed topics in the scientific world. Many authors focussed their attention on this impressive process involving the entire planet, trying to approach it from various perspectives, wondering and finding their own answers relating to the mechanisms propelling it, to its feeding sources and to the significant effects marking the nations. But what does globalisation mean? There are many different definitions, but the extensively accepted one is that globalisation is a process fuelled by, and resulting in, increasing cross-border flows of goods, services, capital, people, information, and culture. It is like moving towards living in a borderless world.

The sharing of goods, services, knowledge and culture has been always in place between people and countries, but the recent technologies, the improved transportation and communication opportunities, the reduction and sometimes the removal of cross-border barriers have accelerated the exchange.

Globalisation provides opportunities and challenges at the same time. Bigger markets mean bigger profits being translated into greater wealth for investing in development and reducing poverty. In this globalised world, consumers and businesses have access to various products from many different countries, this increasing the competition among countries and implicitly the

quality of the goods and/or services provided. In order to set the legal grounds for ensuring a transparent and adequate carrying out of the global trade, different agreements and treaties have been concluded between countries, such as the General Treaty on Trade and Tariffs, the North American Free Trade Agreement and various trade organisations have been set up, among which: the European Union and the World Trade Organization.

1.2 Domestic versus international companies

Both domestic and international companies, either in the public or in the private sector, share the same desire: finding the adequate means to operate in best conditions so as to obtain best possible profits. Why, then, is the international company different from the domestic one? The answer can be found only by understanding the differences existing across borders. When we are talking about individual countries, we are thinking of specific laws and regulations, currencies, taxes and fees, cultures and practical manners of action. An individual travelling from his home country to a foreign country needs to have proper documents, to carry foreign currency, to be able to communicate in the foreign country, to be dressed appropriately, and so on. Doing business in a foreign country involves similar issues and is thus more complex than doing business at home (Punnett, B.J., and D. Ricks, 1997).

Global marketing is not a revolutionary but an evolutionary process. While all companies begin as domestic companies, some of them undergo different processes, undertake various responsibilities and go forward stopping at a given time during their travel or sometimes reaching the final, global stage.

- A domestic company exclusively focuses its attention on the domestic market, not being interested in extending its business outside the borders of its country. It doesn't even perceive the significant competitive threat coming from abroad. The best thing that can happen to this company is to receive incidental orders from abroad, but sometimes it doesn't even perceive this as an advantage as, being isolated cases, they can involve significant efforts and costs in exchange for insignificant revenues. In fact, the products and services offered by a domestic company are specifically developed for the internal customers, the company not being interested in their perception on other markets. Besides, all marketing decisions of a domestic company are made at its own headquarters, thus the "foreign" component not being considered at all.

- When the company starts exporting more and more, it enters the export stage. Being about a large export process, the efforts made to market its products abroad increasingly diminish, as the total costs lower. Such company either becomes an indirect exporter by resorting to an export management company to deal with all the customs paperwork and language barriers or a direct exporter, by creating its own exporting departments at its headquarters. There is no a significant difference, at this stage, as for the focus of the company, it being still mainly interested in satisfying the needs of its domestic customers.

- The next step to be taken by a company strengthening its trading connections with the outside world is to reach the international stage. If markets of foreign countries begin to look particularly attractive to this company, it will be tempted to take over more foreign orders originating there. The best action for the company at this stage is to try to go into those foreign countries and to act locally. In fact this would be a logical thing to do considering that most often, in such cases, the costs of doing business abroad from its own headquarters plus time differences, language barriers, and cultural ignorance are hindering the company's competitiveness in the foreign market. Therefore, this stage supposes building offices in the related foreign countries, an inciting but difficult action implying certain marketing efforts. An alternative would be buying companies already in place in the foreign countries, thus taking advantage of the existing relationships, storefronts and personnel. The offices so installed in foreign countries continue to

receive indications and report facts to the home market company headquarters, but most of the decisions relating to the marketing mix (the 4 Ps: price, product, promotion, place) are made locally, in those foreign countries, considering the local staff's knowledge, understanding and experience on their own market. Now the focus is both on the internal and external market, the company trying to satisfy the domestic as well as the foreign customers, by adapting itself in order to meet their specific needs.

- The facts harden when coming about the multi-national stage. This is the moment when the company starts marketing its products and services in many countries around the world and wants to benefit from economies of scale. This is the stage when the company should become preoccupied in consolidating the research, developing its production and founding its marketing strategies at a regional level. So, efficiency is pursued by standardising across a region (e.g., Central America, West Africa, or Northern Europe).

- Finally, in the global stage, the focus is centred on the global market, the decisions made being oriented towards the optimisation of the product's position across markets. At this stage, the domestic market ceases to be the core of interest, the home country not being any longer the product centre. Here, marketing decisions are made by consulting the marketers originating in the target countries. The goal is to sell the same thing, the same way, everywhere. An example of such truly global company is Microsoft.

This is the complete journey of a domestic company reaching globalisation. But not all companies arrive at this final point; some of them may fall in between these discrete stages acquiring certain characteristics specific to each phase and manifesting as such on the internal and/or external market. Although a global focus is generally appropriate for most large companies, consideration should be also made of the specificity of each company before proceeding to conquer the following, higher stage.

1.3. Getting comparative or competitive advantage?

From the economic perspective, comparative advantage means the ability of a country to produce a particular good or to render a specific service at a lower opportunity cost than another country; that is to produce a good or to render a service with an efficiency that cannot be reached by producing any other good or by rendering any other service. Distinction should be made between comparative and absolute advantage, the latter referring to the ability of a person or country to produce a particular good at a lower absolute cost than another.

The term „comparative advantage” comes from David Ricardo who treated this topic in his book “On the Principles of Political Economy and Taxation”, published in 1817, by giving the well-known example about England and Portugal. In Portugal, it is possible to produce both wine and cloth with less labour than it would take to produce the same quantities in England. Yet, the relative costs of producing these two goods differ from one country to another. In England, it is very difficult to produce wine, and neither difficult nor easy to produce cloth. In Portugal both are easy to make. Therefore, while it is cheaper to produce cloth in Portugal than England, it is still cheaper for Portugal to produce excess wine, and trade it in exchange for English cloth. Thus, England benefits from this trade too; its costs relating to the production of clothes has not changed and it can also import wine at a lower price, closer to the cloth-related costs.

The conclusion that may be drawn is that each country can take benefits by specialising itself in producing those goods for which it has comparative advantage and by trading them to the others. Generally speaking, trade between countries is beneficial considering the fact that these countries differ as for their relative economic strengths; some of them own a more advanced technology, while others register lower costs.

But this is only when we are talking about countries. When a company gets profits exceeding the average for its industry, that company is said to have a competitive advantage over its competitors. The competitive advantage takes two forms, according to the classification made by Michael Porter: cost advantage, when the company is able to deliver the same benefits as competitors but at a lower cost and the differentiation advantage, when it can deliver benefits that exceed those of the competitors' products. (Porter, Michael, 1986) Therefore, the competitive advantage enables a company to create higher value for its customers and higher profits for itself.

A company carrying out its activity in a country with a comparative advantage industry will understand that the price of its goods in that area is higher in the other country. Considering this, more profit will be made by exporting than by selling the goods domestically. International outsourcing of services has also become an important issue of the international trade, this meaning the export of services by a country to an outsourcing one. What really matters here in terms of comparative advantage is represented by knowledge, education, ability of employees, on one side, and by the level of the labour costs on the other side. As for a company having already reached the international stage, this one should make a solid analysis in order to see which products are easier to produce domestically and which ones abroad, which is the cost of materials for making a certain good within its origin country borders and which would be the related external cost for doing the same thing, how easier or difficult is to produce that good internally as compared to its production in the foreign country, which is, by comparison, the labour specific cost in both countries, which is in fact the opportunity cost for making a good or rendering a service inside and outside the borders of its origin country, but it should also compare all these issues in relation with its competitors within that industry, meaning analysing its internal and external competitive advantage. Nowadays, more and more multinational companies are continually seeking sources of competitive advantage by investing in developing countries, being sometimes disposed to pay a significant price and to undertake any risk in order to have the possibility to deal with such advantage. The critical issue for society is to try to seek congruence between the international trade and investment policies of the governments and the strategies of the companies and industries. (Bradley, Frank, 2005)

2. Dealing with specific international marketing strategies

2.1. An international marketing approach

In time, everything evolves, refreshes, the older issues being little by little left behind. This is the case of the economic field that underwent probably the most impressive evolution ever known by people. The world economy is dealing now with an intensive market internationalisation and globalisation phenomena. Companies all over the world are trying to impose themselves on this intricate market, to get an adequate position, from a strategic perspective, in order to be able to face global competitiveness. In achieving this, companies are disposed to proceed to various mergers, acquisitions or alliances, as the global market ceased to be the arena of different independent market countries but an impressive interdependent assembly. Economic borders between countries have begun to vanish and the domestic market turned step by step into the so-called global market. All this made companies find the most appropriate means to deal with different cultures, manners of thinking, attitudes or beliefs, allowing them to find their way in one or another country. And the most important instrument for doing this is to develop an international marketing strategy, to plan and implement it across the global market.

But what is in fact international marketing? Is it different from the domestic marketing or not? There have been various discussions on this topic.

In fact international marketing means either exporting or producing and marketing in more than one country, the related goods not crossing the national borders (Kahler and Kramer, 1977). We are talking about a company undergoing the export, internationalisation or even the globalisation stage, a company heaving to deal, more or less, in one way or another, with the international environment. But any company starts by being a purely domestic company before starting to extend.

- Domestic marketing is the marketing practiced within the borders of the company origin country, involving the use of a controllable mix of variables – the 4 Ps (price, product, promotion, place) in an uncontrollable environment reassembling different cultures, economic structures or competitors inside the said country borders.

- Export marketing is represented by the domestic operations applied to a foreign country, meaning the marketing methods used outside the home market. This is the marketing used by a company exporting its products/services to another country. The company is at the stage when it doesn't know too much about the foreign country, its focus being still oriented towards the domestic one.

- International marketing is a considerable complex process dealing with a series of uncontrollable elements and environments, as more than only one country is involved. Here, the cultural, legal, political and technological differences should be clearly understood and accepted, this implying a significant effort from the part of the company.

- Global marketing approaches all countries as a whole, a unique market without designating a particular country as being domestic or foreign. This is the point where the existence of a domestic market finally ceases.

Yet, there is a very subtle difference between international marketing and global marketing, which only can result in an insignificant issue in terms of strategic implications. The same can be considered as for the domestic and export marketing, the latter being also a domestic marketing, but oriented towards a foreign country standing for importer of the company's goods and/or services. This is the reason why most authors don't even remind of foreign or global marketing, concentrating their efforts only on the distinction between domestic and international marketing.

As above-mentioned, mainly, domestic marketing is when a country uses the controllable instruments of the marketing mix in the uncontrollable internal environment, while international marketing is when the company has to face an external, more complex and intricate environment. When we say environment, we speak, on one side, about microenvironment, which directly affects the company and, on the other side, about microenvironment affecting indirectly the company, by means of the micro-environmental elements.

Correctly understanding one country's microenvironment is essential for any company entering the business world of that country: customers, resource providers, competitors, public institutions, all of them deeply influence the activity carried out by the firm. Arriving to well know each of these elements involves serious and continuous market analyses, case studies, interviews, information exchange and so on. This is not at all an easy thing to do at national level, the difficulty increasing considerably while speaking about a foreign country with a different language, different traditions or different behaviours. Besides, correct information is always difficult to obtain; it is important to create a network of certain and precise information sources, to develop it and to use it in the most appropriate way in order to better serve the customers' needs and, thus, to obtain the targeted profit. As for gathering such information in a foreign country – difficulties multiply. What really matters is to focus on the most convenient resource providers, benefiting from the best possible effect/effort ratio, to employ skilled and reliable people, to come to know the level of the competition, the main direct and indirect competitors, to know to deal with

them and, the most important to focus on the needs and demands of the local customers, to identify the best modalities in meeting them, as only this way company well-being can be achieved.

When talking about macro-environmental elements, the strong driving forces of the economy, we cannot help making a deeper analysis, trying to capture all its dimensions: economic, social, religious, cultural, legal, technological or political; an environment already complex by its structure, rendered far more complex by the difficulty in understanding its characteristics specific to any other but your home country.

- Understanding the foreign country economy is the first step to be taken, as knowing its development stage, its trade infrastructure, the economic policies of that country and the direction towards which it is going is a must in choosing the best marketing strategy.

- The impact of social, religious and cultural issues on a company dealing with or entering the international market is beyond any doubt. Traditions, habits, education, religious beliefs, language are only some of the large amount of possible barriers raised in front of a company willing to penetrate a foreign market. It is essential for such a company to do its best to remove these obstacles, starting by learning the target country language, trying to discover the most fitted communication practices, given the circumstances, by understanding, accepting and respecting that country's people for what they really are and not by trying to change them according to its own beliefs.

- The legal environment is to be considered, as the company acting internationally is also subject to the laws and rules of that foreign country and not only to its domestic rules. A special attention should be paid and a grounded assessing of the target legislation should be made in order to avoid misinterpreting and thus breaching the foreign country regulations in force.

- The technological environment is another key element to be correctly analysed, as technology is a critical factor of the economic development. The technological level of the foreign country, its technological means, its technology transfer capacity or its technological communication development have become an important preoccupation for both industrialised and developing countries. Companies should be aware of these not just because this will allow them to incorporate appropriate technology into their products, but also because it will provide them with a starting point in anticipating and fighting against competition.

- Finally, but not less important, the political environment is one of the factors having a strong impact on the international company decision-making. The target country political stability, the existence of any possible conflict between that country and any other country, the political reorganisation or reform, all these should be considered while conceiving the company marketing strategy.

All the above-mentioned environments should be taken into consideration when intending to extend over an external market, that's for sure, but their evaluation and understanding should be done in a close interrelationship, not ignoring or insufficiently appreciating any of them, as each piece of this puzzle is particularly important.

2.2. Conceiving and developing international marketing strategies

A marketing strategy is the process allowing an organisation to focus its limited resources on the best possible opportunities in order to increase its sales and to achieve a sustainable competitive advantage. It should be always centred on the key concept that customer's satisfaction is the main goal, this allowing the achievement of the company final objective, that is profit.

But in order to conceive a marketing strategy there is a long and difficult way to go. Any marketing strategy involves three basic actions that should be undertaken in order to succeed: segmentation, targeting, and positioning.

- Segmentation means partitioning the market in order to select one or more market segments to be targeted by developing specific marketing mixes adapted to particular market needs. In general marketing, segmentation is usually done at the customer level. Yet, in international marketing, we can treat entire countries as segments. These approaches may cross the existence of a company undergoing an international involvement process. We have, on one side, intra-market segmentation involving the segmentation of the country markets and, on the other side, inter-market segmentation involving the identification of the segments existing across borders. This latter approach can bring various benefits to the company. The possibility to use products and promotional campaigns across markets introduces economies of scale, while accumulating knowledge on one market may be usefully used in another one, this involving in fact a solid knowledge management process. Yet, a fact is certain: even if we may find similarities between segments across cultures, analysing and understanding the local market remains a must under any circumstances.

- The next step after the separation of the market into its segments is to select one segment or several segments and to target it/them. Here, we have three strategic approaches valid both at national and international marketing level: the non-differentiated strategy - the differences between segments are ignored, a single product being targeted for all segments (the whole market), the strategy focussed on a single segment - a single product offered to a single segment on a market containing various segments and the multi-segment strategy - different segments are targeted by supplying a series of differentiated products.

- Positioning is certainly one of the useful instruments to succeed on the market. After having segmented the market and after having targeted the consumers follows the positioning of the company's products on that market, that is deciding where it wants its products or services to be "placed" against the crucial variables applied by its customers or by the market. What is important to retain is that positioning is about consumers' perception of a product or service in relation to its competitors. Being a deeply subjective psychological factor, perception differs from one person to another; thus we cannot expect to have the same perceptions as for quality, value for money, etc, for the entire segment, but we shouldn't deny the existing similarities either. Considering this, the international company is in the position to choose whether to adapt its products to the unique demands of a country market or to gain benefits, such as cost savings and the maintenance of a consistent global brand image, from standardisation.

Irrespective of its choice, entering products on foreign markets doesn't occur suddenly; it takes time and involves the use of specific strategies among which: exporting - a relatively low risk strategy, few investments being made in the target country; licensing and franchising - low risk approaches consisting in offering to another company your company's trademarks and concerned activity-related background; turnkey projects - using knowledge and expertise gathered in one or many markets in order to provide a buyer from another country with a working project; management agreements - managing a facility in a foreign country by using knowledge gathered elsewhere, in other markets; agreement manufacturing - assigning to someone else the liability to manufacture products, the company undertaking certain marketing efforts, thus saving investments; direct entry strategies - highly risky but potentially profitable strategies when the company either acquires another company or builds operations; an alternative of the latter penetration strategy would be setting up a joint venture, the local company contributing with money and knowledge about the local market.

When deciding to launch a product onto a foreign market, a sound international marketing strategy should be used; and if we talk about marketing strategy we implicitly talk about marketing mix. In 1960, Professor Neil Borden from Harvard Business School identified the marketing mix as a number of company performance actions able to influence the consumer's decision to

purchase a certain good or service, while, the same year, Professor E. Jerome McCarthy, from the same university, established its four already well-known components: product, price, promotion and place. A company deciding to “attack” a foreign market should wonder whether to standardise or to adapt its marketing mix to the foreign market. This means that a company can accept to use either a standardised marketing mix around the world or an adapted marketing mix in each target country.

- The international product strategies ensure a long-term company development. If the company takes into consideration the basic concepts of marketing, it will know that by meeting the target customers’ needs, it will be able to sell more of a good or service, thus getting an increased profit. When acting internationally, the company has to make a clear decision: standardisation or adaptation? Standardisation is sustained by the idea that, in this global world, people became more and more connected and closer to each other than ever before; fast travelling means, satellite television, international e-commerce etc. made people living somehow altogether in a reunited space (Microsoft products are an eloquent example in this regard). In this case just an insignificant or even no good or service change is necessary from one country to another. Adaptation becomes necessary when a high demand for a good or service in one country is “reflected” into a low or even not existing demand in another country (such as, for instance, the beef meat in India). In such circumstances changing goods or services is the most appropriate solution considering that it is very difficult to change the foreign customers’ needs, habits, beliefs or preferences. Standardisation is better for the organisation as it reduces cost, however many organisations will have to “think global, but act local” if they want to succeed.

- The international pricing strategy is perhaps the most difficult thing to do in a marketing mix. Beside analysing the well-known elements specific to any domestic pricing strategy, such as: total costs (costs of resources, labour costs, maintenance costs etc.), company goals, level of competition (direct and indirect competitors), level of revenue, inflation rate, unemployment rate of the target segment(s), level of demand and so on, the company acting internationally should also consider: the transportation costs, the customs duties, the exchange rate between the two currencies or the overall economic standing of the target country. It is very important for a company to consider all these issues and to establish a correct price (obviously without neglecting the quality of its goods and services), since this doesn’t affect only its current profitability but it determines the good or service perception on the market, thus ensuring a long-term profitability or loss for that company.

- For any company, adequately distributing or placing its goods or services, making them available in due time and at the right place for its customers, is vital. This can be done by using specialised distribution channels forwarding the goods or services from manufacturers to consumers. On the international market, a natural distribution channel can be either direct, using the company own sales force, distributors or other intermediaries or indirect, using sales agents and distributors originating in the foreign target country. Direct distribution provides the company with much more control but it makes it undertaking, at the same time, more responsibility and many risks, because it has to deal with an unknown foreign market. Indirect distribution, in exchange provides the company with very little or possibly with no control over the distribution of its products and impedes the communication with and the feedback from the end users. This is the reason why, when choosing its international distribution strategy, the company should consider any available alternative and correctly assess it, taking into account the level of risk it can assume, and finally selecting the best distribution methods.

- When coming about international promotional strategy, the company usually shouldn’t decide anymore whether to adapt or to standardise it. In opposition to the other three strategies, here the adaptation issue is, in most of the cases, a must. The advertising messages should be

adapted first of all in terms of language; then, the communication style sometimes substantially differing from one nation to another should be considered; besides, specificity of each country should be analysed and had in view so as not to offend the foreign target customers; the foreign country appetite for television or other media or for some different communication means should be assessed and so on. This is the reason why many organisations go for a strategy of adaptation of their international promotional strategies to local markets to best meet consumers' demands.

Both domestic and international marketing mix analysis proves to be a key step in achieving effective strategy, its 4 Ps being the driving mechanism that puts into operation the company success.

Conclusions

We live in a world getting each day closer to globalisation. Given these circumstances, undertaking international market actions becomes a necessary condition, allowing companies to adapt themselves to this new and perpetually changing world. They have to prove a continuous and a systematic ability to merge their capacity with the external market opportunities. But this cannot be done all of the sudden; it involves time, knowledge, experience and dedication; it also involves a conscious and thorough analysis of the international market, in all respects, and an adequate planning of the future steps to be taken, this meaning in fact a constructive international marketing strategy. Companies should find the most appropriate ways to adjust themselves to the local market conditions; they should endeavour to conceive a marketing mix ensuring all premises as for meeting the local demands and thus affirming themselves on the international market, as this is, after all, the ultimate goal. Creating and implementing an international marketing strategy directed towards guiding every single aspect of the company life, engendering new systems and information on customers and markets and encouraging best actions and innovations, at all companies' levels, is the fundamental way to success.

As world changes, companies have also to change. This is the reason why no international marketing approach is fresh enough; it should be continuously updated and adapted to the newly occurring conditions.

References

Book

1. Arnold, David. 2003. Strategies for Entering and Developing International Markets. *Financial Times Prentice Hall*.
2. Bradley, Frank. 2005. *International marketing strategy*. Pearson Education.
3. Cavusgil, Tamer, and Godiwalla, Yezdi. 1982. Decision-Making for International Marketing: A Comparative Review. *Management Decision* 20-4: 47-54
4. Gilligan, Colin, and Hird, Martin. 1986. *International marketing: strategy and management*. London: Croom Helm.
5. Doole, Isobel, and Lowe, Robin. 2007. *International Marketing Strategy: Analysis, Development and Implementation*. Cengage Learning EMEA.
6. Gesteland, Richard. 2002. *Cross-cultural business behavior: marketing, negotiating, sourcing and managing across borders*. Copenhagen Business School Press
7. Keegan, Warren, and Green, Mark. 2007. *Global Marketing*. New Jersey: Prentice Hall.
8. Onkvisit, Sak, and Shaw, John. 2004. *International Marketing: Analysis and Strategy*. Routledge.
9. Porter, Michael. 1986. *Competition in Global Industries*. Harvard Business Press.
10. Punnett, B.J., and D. Ricks. 1997. *International Business*. Cambridge, MA: Blackwell Publishers.
11. Ronkainen, Ilkka, and Czinkota, Michael. 2002. *Best practices in international marketing*. Fort Worth: Harcourt College.
12. Mercer, David. 1998. *Marketing strategy: the challenge of the external environment*. Sage.

THE ROLE OF THE STATE IN DEVELOPMENT PLANNING AND PREVENTION OF CRISIS

Sasha OBRADOVIC*

Abstract

In this paper, I tried to present the analysis of the arguments for and against the state intervention. Contemporary role of the state is particularly important with the presentation of the world economic crisis, where the advantages and disadvantages of the market in the process of globalization are clearly recognized. Further involvement in the process of globalization and the promotion of market mechanisms are effective ways of resource allocations, while the role of the state apparatus is to promote economic development and act stabilizing in the state of the economic crisis. In fully free effect of the globalization and markets, resources are allocated in accordance with the demand of the consumers, while a national market is the organizational framework that brings together supply and demand.

Keywords: *State, development, market, market failures and planning.*

Introduction

The central question that meets all of the world economy is how to allocate between the alternative use of resources, in terms of the global competition. This issue is particularly important for all countries in the Balkans because they are less developed, and the basic needs of population for inclusion in European integration flows are much greater. Production resources are, according to the rule, limited, while on the other side, human desire for goods and services is almost unlimited. In a market economy, consumers' demand and production costs have a function to balance consumers' wishes and existing resources. To produce certain goods, it is necessary to attract resources from their alternative uses, mostly from the production of other goods, and to attract resources, producers have to bear certain costs. Market prices are efficient, but not a socially responsible signal that directs the manufacturers to offer more or less goods and thus affect the change of the production profitability. The use of resources for the production of certain goods denies their further use for the production of other goods. So, the use of resources always costs and nothing is free. Of course, some products for individuals or groups can be free if the account is paid by someone else. This does not reduce the cost, but it only transfers it to someone else.

Politicians in most Balkan countries often use phrases such as free education, health, etc.. This terminology deceives, because nothing is free in a modern market economy. For example, resources that are used to build schools, could be used for the production of larger quantities of food in agriculture, or any other use. The costs of education, for example, consist of the value of all the products whose production is unfinished, so the resources could be used for education. State can transfer the costs from one subject to the other, but they can not be avoided, because limited resources have their cost, which is applicable to all areas of life. The reality of resources shortage is always present, regardless of the improvement of human welfare.

An effective way of development and integration in the globalization trends implies a dose of the state intervention in the economy, and it is not a minimalist effect, present in the free market liable to large impacts and crisis. Global capitalism should be combined with the coordinated international intervention, because there are areas where even integrated market does not provide

* Assistant Professor, Faculty of Economics, University of Kragujevac, Serbia (sobradovic6@sbb.rs)

good results, and where only the effect of markets can lead to some development problems. However, the state, especially if it comes to a democratic government, is not a mechanism for removing the mistakes and solving all kinds of problems (e.g., inadequate health care, poor education or the high costs of living). State can't solve all the problems, no matter if the entity that makes decisions is in the public interest, as well as the mechanism for the correction is not always available when a market does not provide the desired result. What is important is, that there is no guarantee that the policy which represents the majority of the elected state representatives will stimulate economic development and that it will act preventively or stabilizing in the case of the economic crisis. Often, the governments selected by a large majority of voters adopt the economic policy measures that undermine the economic prosperity or lead ultimately to even bigger economic crisis.

It is wrong to put the sign of equality between the democracy and market economy. Most countries of the market economy have democratic political institutions, but it needn't be the case. Political democracy doesn't guarantee market economy, because there are cases of the democratic countries in the allocation of goods and resources, that rely on state regulations and tax policy instead of the market. Democratic elections themselves cannot provide the environment that leads to economic development. Only the constitutional regulations, which adjust the political processes and principles of a healthy economy, would contribute improving the economic development. Therefore, it is very important to limit the reach of the state authorities, in other words, to create its neutrality in relation to different interest groups, keeping in mind the global experience.

The role of the state in development planning and prevention of crisis

1. Relationship between the state and the market

Market failures are the argument for the government intervention in the development process and the anti-crisis action (Arndt 1988, 1). In the past, market failures caused many under-developed countries to adopt different forms of planning in the allocation of resources. In not so distant past of the Balkan countries, centralized planning completely replaced the role of the markets and bureaucratic authorities made decisions about the allocation of resources. Sectorial allocation of resources was completely centralized. The role of the state in the development process and prevention of the economic crisis changes conceptually, after the fall of communism in the Soviet bloc and Eastern Europe. After the collapse of the central planning system, most of these countries changed to the introduction of a completely free market, which led to many negative consequences, due to the transition from one extreme to the other economic system. On the other hand, in many developing countries, the state failed to provide fundamental public goods, such as order, law, education, etc. (Ghosh 1984, 4). In the countries that have gone through the civil wars, it often came to a complete institutional blockade, for example, in Serbia at the end of the 1990s. Therefore, it is important to build a structure of law that is clear, unambiguous and non-discriminatory, because the legal system in the country affects the level of the economic activity. In this respect, in the world frames, the role of the state in some countries has been fascinating, when it comes to development (eg., Singapore, South Korea, Hong Kong, Japan and Thailand), (Wade 1990, 18).

On the other hand, in a predatorian state, the state power is not limited, in other words everything is ready to be snatched away in the political process, while robbery and usurpation are the main motive of conduct, especially in the political life of a country. In such types of the state (cleptocrazia), the individuals spend more time on political organizing and fight to get a piece of the economic "cake" through the political activity, instead on the production of the "cake". This leads to a reduction of the total product, increasing intolerance, distrust and even hatred between

certain groups in the society, where production stagnates, and life in this country is not nice. In such countries there is a higher degree of the ethnic and regional diversification, which probably leads to the internal conflicts and instability. In contrast, the state promotes the development, when it stimulates the production activity, and distimulates robbery, and has the role of a neutral force to protect property rights and force the execution of the contractual obligations. Effective law enforcement makes the attempt robbery of someone's property harder and reduces the funds which will be directed to the mugging and parasitic life.

Therefore, the main roles of the state in promoting development and successful integration into the global economic trends are:

- 1) correction of market imperfection;
- 2) preserving macroeconomic stability and providing the institutional framework, through which the market can give effective results;
- 3) protection of the natural environment and living environment;
- 4) provision of public goods (order, law, defense, etc..)
- 5) protection of the certain categories of the population;

In terms of preserving the macroeconomic stability and security of just and equal distribution of income, it should be kept in mind that the cost of transfer income, made by the state, may be higher than the net profit of the user, regardless of whether it is a company or individual. So, for example, it should be kept in mind that income transfers may be inefficient for several reasons related to the secondary effects: 1) programs that protect potential recipients of transfer payments, because of the troubles that come from their irrational and wrong economic decisions, encourage source which increases the likelihood of occurrence of the troubles. First of all, the transfers themselves affect the consequences of the troubles to be less painful, but reduce the motivation of the potential recipients to take all that is necessary in order to avoid troubles in the future. Both things are under the influence of the conflicting goals. If something is subsidized, it will appear even more. Transfers against poverty are not an exception to this rule, because they support high-risk life style. In the long run, negative consequences are far greater than the short-term gains (Gwartney and Stroup 1996, 6);

2) increased volume of transferred income slows the economic growth, because income is something that companies and individuals produce and earn, on the basis of providing goods and services that others are willing to pay, so that taxes and income re-distribution policies negatively affect the motivation for the tax payers and recipients of the transferred income profit. The motivation for the entrance to the activities that are not a subject to taxation is growing and resources are not used in such way rationally. Neither taxpayers nor the transfer recipients will make as much profit as it would be the case if there weren't the program of transfer giving. Competition for getting the transferred income will decrease a large part of the long-term profit of the transfer benefits users (the same source).

It should be kept in mind that the economic resources are limited, so the state must establish criteria for obtaining the transferred income and other political benefits. If there are no such restrictions, transfer payments, as a rule, always break the budget framework, and in such a situation the state is in the budget deficit and its revenues are lower than it consumes. Negative impact of the deficit on future generations can be seen mainly through the potential effect on savings and capital accumulation.

If today's generation leaves behind itself many more factories, machines, buildings, knowledge and other resources for production to their children, then the production potential of the next generation will be higher. If the next generation is left behind with less production goods and more obligations on the basis of the debt, then their production capacity will drop in the appropriate way. The state often requires that the transfer recipient has a personal property, to have

a proper job or to be someone in society. However, when the criteria is established, people, by rule, adapt their behavior in order to receive free money or other benefits from the state. Intensive involvement of the state in an effort to help one part of the population at the expense of another, turns the economic resources of the production to unproductive activities.

Market imperfections include the category of market prices, which may be unreliable guide to the socially optimal allocation of resources, because they do not reflect the opportunistic costs of the production factors use for society as a whole (Eckstein1957, 3). Prices of goods in such a situation do not reflect the marginal costs of the production. The existence of positive and negative externalities is possible, in the sense that some goods are insufficiently, and some others are well supplied at the market, and that from the social standpoint, such situation isn't reflected through the appropriate prices. The state may reduce the negative externalities through regulation and taxation, and to promote positive externalities through subsidies or provision of such activities (e.g. education and health care). Asymmetric information, moral hazard and the wrong selection, can also lead to market inefficiencies and potential crises (e.g. market bank loans – a borrower knows more about his situation than a lender, so that a bank can have bad loans on the basis of the wrong selection in the case of abusing the borrower). On the other hand, it would be very expensive for the bank to provide information about the high-risk clients. Moral hazard is present when the possession of security encourages the activities for which the client is insured, thus creating the conditions for high costs, which result in higher insurance premiums for all. In this case, the state can regulate private insurance, but it can also provide the same services at lower costs. Such an example would be the health insurance market.

The state has a particularly important role in ensuring fair distribution of income in three ways:

1. between regions
2. between generations and
3. between different social groups in society.

There are strong economic and political reasons to help the vulnerable categories of the population, especially in the situations of the economic crisis. Poor and unemployed people can be the main initiators of the civil unrest, criminal activities and ultimately the state of political instability. In this way, investment and economic growth can be deprived. It is important to have in mind what is left of the wealth to future generations, which often requires a change between the current consumption and investment. There are many ways in which a state can affect the reduction of the current consumption and raising investment in order to increase spending in the future (e.g. taxation, subsidizing, public investments, etc.). The state, of course, is crucial in providing the institutional framework for effective market action (Chang and Rowthorn 1995, 2).

If the state does not perform the basic functions adequately and sufficiently, then the lack of credibility is reflected in the civil unrest, inability to maintain law and order, maintain private ownership and / or protect the vulnerable categories of the population. Investment and economic growth are positively correlated with the public credibility. Reducing the ability of the state and a decline of credibility is reflected in the increasing insecurity, which negatively affects investment and growth. Institutional framework is therefore important for different functions of the market. The state credibility is particularly important for attracting the foreign private investment. Poor policies and management of the state may not only contribute to declining confidence of the citizens in the country, but they can also endanger the prospects of growth. Without improving the effectiveness of the state, there is no significant shift in the economic progress and the appropriate action in the case of the economic crisis.

In many countries there is too excessive regulation and state spending, and it is therefore necessary to provide the reduction of these components in the case of the economic crisis. The

State should not be the only and exclusive provider of all the infrastructure and services of social importance. The regulatory framework for the basic protection of consumers and employees should be provided, with the introduction of the private sector in the competition. On the basis of the fundamental services that the state should provide in every modern economy, strategic intervention in the field of the sectoral policies is also possible. Government in such a situation takes an entrepreneurial role and intervenes where necessary, without endangering the private sector (Wade 1990, 18). Improving the state ability refers to providing the state structures services in a better way than existing and the reduction of the arbitrary actions, which lead to non-transparent decisions and corruption.

Because of all previously mentioned, most countries in the world, regardless of the present political ideology, publish development plans and strategies of action. This is the best way of establishing the development goals and demonstrating the initiatives in efforts to come to terms with the development and the crisis issues. Planning can serve as a catalyst for foreign investment and loans from the international financial institutions. As a rule, all these plans and strategies include five basic goals:

- 1) the achievement of sustainable economic growth and increasing per capita income;
- 2) righteous distribution of income;
- 3) controlling the external financial balance;
- 4) generating larger employment opportunities;
- 5) the preservation of macroeconomic stability.

Depending on the country, the economic plan may vary in its ambition from the general statement concerning the objectives of detailed calculations of necessary resources, proposals for the action and the sum of output that each economy sector must accomplish in order to achieve a certain rate of economic growth. All that is beyond the general statement concerning the goals, inevitably includes some forms of the economic-mathematical modeling, from calculations of the connection between the sectors to key variables in the process of growth. Models allow planners to make decisions about how to achieve specified goals. They facilitate the strategic choice for the economic policy creators where it is not possible to achieve all the objectives simultaneously (Killick 1976, 10). Understanding the relations between different parts of the economy and knowing the economic parameters of the system allows consistent economic decision.

2. Economic planning

Knowledge that the macroeconomic policy, even in the market economy must be planned, does not mean at the same time that planning at the end of the first decade of the 21st century, in its essence, has the same role and importance as during the 60's and 70's of the last century. Almost all less developed countries at that time prepared development plans, where the vast majority of the international financial institutions insisted on the formulation of such plans, as a prerequisite for the provision of loans or aid (Meier 1965, 15). The philosophy of planning itself is universally accepted as the safest and the most direct road that leads directly to economic progress (Hagen 1963, 7). Confidence in planning as a tool in the economy management stems from the weaknesses of the market mechanism, in coordination between anti-recessive action and promoting development, which is especially manifested in the poor countries.

Where does the confidence in the usefulness of planning come from? The basis of planning and planning institutions is the widespread belief that it offers a unique adequate institutional and organizational mechanism to overcome the economic crisis and to achieve sustainable rates of the economic growth. Traditional aspect of planning involves three elements:

1. Planning institutions
2. The process of planning and

3. The plans themselves.

Planning institutions have as their goal improving long-term performance of the economy and as such must be well acquainted with the structure of the national economy. They take care of the long-term feasibility and sustainability of the planning programs. Independence of the planning institutions from various pressures (primarily political, but the interest groups as well) provides the acceptability of their analysis and credibility of their plans. Planning institutions represent a useful service, not only to view and study the overall social and economic environment, but they establish an objective framework for the creation of specialized study of the expected future, thus providing update information channels, where these are incomplete and defective. Institutions that implement the function of planning depend on the founded channel and practice that is implemented in a particular country, in order to ensure the effectiveness of the planning process. All operations of the planning institutions needn't be located in one place, but a division of responsibility for the policy implementation is possible, analysis and projections, as well as the diffusion of information on different agencies. These agencies may be in the form of private institutions, universities, institutes and the appropriate Institute. Similarly, some regions and cities that have a need for development planning, in the operational sense, can have their own planning departments and the Bureau.

The planning process is a set of rules and procedures through which the function of planning is performed. The function of planning includes collecting, processing and diffusion of information about the expected changes and developments in the social, economic and technical environment. It also includes making projections about the exogenous environment and the evolution of price signals such as the prices of energy, raw materials, the rate of earnings, interest rates and exchange rates. It often involves the alternative scenario on the movement of developmental trends in response to these complex and associated changes. To make such projections successfully implemented, it is necessary to have enough information about the intentions and interactions of the economic agents that determine economic trends in major industries, sectors and regions.

Economic planning, understood in terms of the economic decisions coordination, in the long term has as its aim a direct impact, and in some cases the control of the level and growth of the main macroeconomic variables (Griffin and Enos 1970, 5). The ultimate goal of such action is to achieve a set of certain development goals. To achieve the objectives it is necessary to enable the macroeconomic stability by development planning, which basically depends on the level of the government activities methods of financing the same, as well as the macroeconomic balance between the aggregate income and expenditures. Macroeconomic instability can, of course, be caused by the factors that are outside the government control, such as the exogenous shocks that often require a sanction in a long time with the help of other countries, but generally, the macroeconomic instability is a result of unsustainability of the planned national fiscal and monetary policies and programs. Symptoms of the macroeconomic instability reflect in the high and rising public debt in relation to GDP as well as in the high and growing inflation, even hyperinflation. The causes can be found in the macroeconomic imbalance, when the aggregate expenditures exceed the aggregate revenues. Only unsustainable imbalances lead to macroeconomic instability.

Economic plan is the main document that specifies a set of the macroeconomic goals that are to be achieved for the planned period of time, determined by the strategy to be implemented in order to achieve these goals. Plans can be partial and comprehensive. Partial plans cover only the part of the national economy such as agriculture, industry, tourism, etc.. With the comprehensive plans, quantitative economic targets arise from the national socio economic priorities, so the government takes care of their realization. The government also organizes a framework for

implementation, coordination and monitoring of the macroeconomic development plans. Why is the economic planning given such an enormous importance, especially in the poor countries? In response to this question, the instability and weakness of the market mechanism in these countries should be kept in mind, as well as high unemployment. Market mechanism of the poor countries is not able to fulfill the main operating task of the macroeconomic development planning. This task is related to mobilizing the limited resources in a way that will lead to structural changes in the direction of stimulating the economic growth and development of the entire national economy. Therefore, the planning is accepted as a central point in the management of the economic development.

Macroeconomic development planning assumes mobilization and direction of resources to the regions and sectors in which the maximum effectiveness in achieving the long-term goals is expected. Developing components of the economic infrastructure at the level of the national economy should be developed with the most rational use of the domestic and foreign funds. In order to ensure adjusted relations in achieving the long-term macroeconomic goals, the government often controls and manages (through the appropriate instruments) the economic activities of the private sector. Macroeconomic planning is, of course, more feasible and suitable for implementation in mixed economy of the developing countries than in the developed market economies. Why? Because the number of variables that must be taken into account is much smaller, and more suitable for control, with the lower degree of the observed development of the national economy.

Planning completes inadequacy and weakness of the market mechanism to ensure the optimization of the economic performance in accordance with the national socio economic priorities over the decisions of individual factors. Market mechanism in less developed countries is characterized by an incomplete, defective structure and method of conducting transactions. The factor markets in these countries are often ill-organized, which allows the appearance of the distortion prices that do not give the correct economic signals, both for the producers and consumers. The main task of the governments in poorly developed countries is to integrate the market and modify prices, so they could maintain costs of resource usage in producing goods and services in a most realistic way. The goal of the planning is to remove the disparities and distortions that may lead to wrong allocation of the resources to investment projects that do not reflect the long-term social interests. An example of such investment that is not in accordance with the planned long-term goals is in the allocation of the resources into projects of low priority, such as production of luxury goods for the rich part of the population.

It should be emphasized that the planning defines the targets related to the future development of the observed economy and often going into details with the development plans is a necessary condition for the provision of the international bilateral and multilateral assistance. Development plans often reflect the project description for which the financing of foreign donors is necessary, while at the level of the entire economy, the desired future economic development in fact reflects the projections of the applied macroeconomic models. Development plans usually reflect the medium-term projections (up to 5 years), with larger or smaller incorporation of the long-term perspective. Elaboration of the medium-term plans is usually displayed at the annual level. Limitation of the data and weak industrial diversification in poor countries are the most suitable for the realization of plans with short and predictable time horizon.

Conclusions

Sumarizing previous experience, we can say that the state has had a vital role in global economic integration in many countries, but not as a supplier of goods and services, but as an

economic coordinator that corrects market disproportions and provides a framework in which the market evolves in the direction of the effective fitting. The market, of course, exists without the state intervention, and it works through the recognition of the signals by which the economic factors direct their actions. This does not mean that the state should never interfere nor control all economic events.

State planning and direction of the funds and benefits cannot by itself stimulate the economic progress. If companies get more funds from the state, and less from the consumers, they will spend more time in trying to meet politicians to get benefits, and less time to meet customers. Therefore, the role of the markets and the private sector is irreplaceable in the process of planning. There are many reasons to believe that the owner, who risks his own money, makes better investment decisions than the authorities, who make decisions about another person's money, i.e. tax payers money. The reason is very simple: if the investor makes a mistake, an investment project is a failure for which he will directly bear the consequences in mind of the loss of his property. On the other hand, the connection between the selection of the productive projects and state planning is poor, even though the project is productive. If the project is a failure and brings loss, it may have only a negative impact on the organs of the state planning.

What is considered very important is the accuracy of the information regarding planning and directing the state funds to promote development and anti-crisis action. Since planners allocate state investment funds and subsidies, managers of the private and public companies can often give them incorrect or personal information about projects that would help them attract attention to themselves and the state benevolence. Logically, it can be expected that each of them will try to convince the directors of the state funds that his company or industry is exactly what is the most valuable and most needed for the general benefit and welfare of the society. However, there is no way that the central planners collect enough information to create accurate national plan completely, because the world today is the world of dynamic changes. It makes sense to plan, but what is more important, than the state bodies and state experts in this regard is the initiative of the business entrepreneurs. So basically, the state economic planning cannot replace the market decisions, nor political decision-making can replace the private entrepreneurs' decisions.

In most less developed countries during the last decades, the public sector increased engaging in GDP and the participation in the total investment, but also produced the ineffective and wrongly directed economic growth in the huge majority of cases, which has resulted in low capacity utilization, decrease in yield and high costs of the public investment and projects. Public project is productive when it is possible to allocate its costs, so that all citizens benefit from it. The solution of the problem is to increase the role of the private sector in undertaking projects, which overall leads to more efficient usage of the resources. In the case of state-induced price distortions, it is considered that its elimination will lead to a balanced influence of the market mechanism. Are the markets in the Balkan countries that are not the members of the EU characterized by properly functioning and balance? Such markets are characterized by numerous shortcomings and imperfections, which are the barriers for the effective functioning.

The lack of effective competition, especially in the industrial sector, provides a large concentration of power. In such a situation, output is lower than the potential, and costs higher due to the lack of competition, which leads to a transfer of wealth from the consumers to monopoly manufacturer. In such cases, government intervention is justified in the reduction of monopoly power through the price control or regulation of the company size. Market, in the initial stages of the development process, can't enable capital formation without the state intervention. In the later stages of development, the private sector cannot often direct the massive funds necessary for the establishment and functioning of specific industries and the education of human capital. Even in properly functioning markets, high inequality in the income distribution is possible, which also

justifies the state intervention, in order to achieve broader social welfare. Especially the question of the insufficient market role in the development process refers to the equal access to information and the presence of high uncertainty in the case of the economic crisis. Availability and quality of input and output are often unknown information to producers and consumers which, of course, on the macroeconomic level, does not lead to effective allocation of resources.

Divergence between the actual and planned development of evaluation, is one of the main reasons for the failure of the plan. Plans are often made to satisfy the interests of the ruling political structures, and as such too ambitious, unrealistic and substantially inconsistent, because they combine competitive and conflicting goals. In large measure, such plans and strategies are unreliable because they are based on the cheapest and incorrect data. Accuracy and quality of the data collected in most underdeveloped countries are not reliable, often due to insufficient technical and personnel training of key participants in the development plans.

Not only subjective difficulties are present in the unsuccessful macroeconomic projections of quantitative and qualitative target. Most open economies depend on the developments at the global world market. This means that all larger external shocks and upheavals reflect on the condition of the domestic economy and its long-term perspective. Despite the objective constraints, there are two main reasons for the failure of the planning subjective nature and they derive from the lack of perseverance and political will to implement plans and institutional weaknesses that restrict development opportunities.

The process of economic development is the process of structural changes that violate the existing economic structure causing the fall of some and the rise of other industries. Such changes may be discontinuing, as it is the case with most countries in transition, which can have multiple repercussions in terms of: the fall of the standard of living of the population, falling output, the increase of inflation, etc.. State intervention and planning in the direction of maintaining long-term perspectives of development are necessary components to overcome these limitations over time. State intervention and planning of the development have a critical role in promoting economic growth, only through the market mechanism.

References

Book

1. Arndt, H. W. (1988) "'Market Failure" and Underdevelopment', *World Development*, February.
2. Chang, H. and R. Rowthorn (eds) (1995) *The Role of the State in Economic Change* (New York: Oxford University Press).
3. Eckstein, O. (1957) 'Investment Criteria for Economic Development and the Theory of Intertemporal Welfare Economics', *Quarterly Journal of Economics*, February.
4. Ghosh, P. K. (ed.) (1984) *Development Policy and Planning: A Third World Perspective* (Wesport, Conn.: Greenwood Press).
5. Griffin, K. and J. Enos (1970) *Planning Development* (Reading, Mass.: Addison-Wesley).
6. Gwartney J.D. and Stroup R. L. (1996) *What Everyone should know about Economics and Prosperity*, IEN.
7. Hagen, E. (1963) *Planning Economic Development* (Homewood, Ill: Irwin).
8. Healey, T. (1973) Development Policy: New Thinking About an Interpretation, *Journal of Economic Literature* 10.
9. Keyfitz, N., Dorfman, R. A. (1991) *The Market Economy is the Best but not the Easiest*, Economic Development mimeograph.
10. Killick, T. (1976) 'The Possibilities of Development Planning', *Oxford Economic Papers*, July.
11. Klitgaard, R. (1991) *Adjusting to Reality Beyond "State versus Market"*, Economic Development, ICS Press.
12. Krugman, P. (1994) 'The Myth of Asia's Miracle', *Foreign Affairs*, November-December.
13. Lewis, A. (1963) *The Theory of Economic Growth* (London: Allen & Unwin).
14. Lewis, A. (1996) *Development Planning* (London: Allen & Unwin).
15. Meier, R. (1965) *Developmental Planning* (New York: McGraw-Hill).
16. Nurkse, R. (1953) *Problems of Capital Formation in Underdeveloped Countries* (Oxford: Oxford University Press).
17. Stiglitz, E. J. (1997) *Development Strategy and Management of Market Economy*, volume I, Oxford University Press.
18. Wade, R. (1990) *Governing the Market: Economic Theory and the Role of Government in East Asian Industrialisation* (Princeton: Princeton University Press).
19. Waterston, A. (1965) *Development Planning: Lessons of Experience*, Johns Hopkins University Press.
20. World Bank (1997) *World Development Report 1997: The State in a Changing World* (New York: Oxford University Press).

HUMAN RESOURCE MANAGEMENT & ENTREPRENEURSHIP EDUCATION IN A CHANGING WORLD

Simona NICOLAE*
Ana-Maria NEAGU**

Abstract

The main aim of the paper is to emphasize how the dynamic changes in the economic sectors affect the Human Resource Management and the entrepreneurship education. Nowadays the Human Resource Management (HRM) has to be beyond its limits because phenomena like head-hunting, migration and brain drain are more and more present in any modern organization's life. Also, the entrepreneurship involves competences in solving conflicts, rising productivity and creating an adequate social climate in the firm. As a result, entrepreneurship education becomes very important in order to prevent and solve all the problems that can appear in a modern firm. The paper will present entrepreneurship education as it is seen both in E.U. and United States. The importance of entrepreneurship has become a highlighted theme in E.U. from 2001 when "developing the spirit of enterprise" was declared one of the most important objectives that should be taking in account by the education and training system in E.U. In U.S.A. this subject was approached for a long time ago and nowadays is seen as a way to success not only in business but even in personal life.

Keywords: *entrepreneurship education, human resource management, human capital, globalization, dejobbed world*

Introduction

Nowadays it becomes a common place to say that the human resource is the engine of any modern business. At least in the most developed countries, the importance of the human resource as a human capital and not as a labour force doesn't need to be demonstrated.

The quality of human resource that can transform a human being, as an economic tool, into human capital gives power to all those employees that can be much more than simple executors.

The power of a key – employee is huge and has determined lately a phenomenon known as job hunting.

The resignation of such an employee can destabilize all the activities in a firm and this is the reason for what efficient companies have developed programs and strategies for maintaining these employees.

The globalization itself gives power to a good employee who wants to develop a career in an open organization. Incentive systems and in particular salary scales vary widely depending on the nationality of the firm and the national regulatory environment (labour agreements, labour laws). The most flagrant differences show up in the remuneration for successful patents and in fact these differences cause equity problem among organizations and transnational team.

Despite a supposed homogenization of HRM practices resulting from globalization, in much way these practices still reflect national diversity.

As long as a key employee has the alternative to be better – remunerated and to obtain a solid development of this career, he will leave all those organization that cannot offer as much as he desired. This situation affects each of human resource management functions starting with

* Lecturer, Ph.D., "Politehnica" University, Bucharest, Romania (e-mail: nsim2005@yahoo.com).

** Lecturer, Ph.D., "Politehnica" University, Bucharest, Romania.

planning, recruitment, and selection, career planning and ending with the organizational reward system.

In conclusion we intent to show the way in which changes appeared in human resource approach affect the functions of HRM.

Even these changes are reflected in all function of HRM we'll stop only at 2 of them, the most affected in our opinion and, also, the most linked to the relation between the quality of human resources and the long term efficiency of any firm: Career planning and The reward System.

Edward de Bono, says opening a conference that as competition intensifies, it is no longer enough to do the same thing better... no longer enough to be efficient and solve problems. Now business has to keep up with changes and that requires creativity. That means creativity both at a strategic level and also on the front line, to accompany the shift that competitive business demands... from administration to true entrepreneurship.

Entrepreneurship in the educational field, is often understood within a narrow meaning of the term and it suffers from a certain image problem, which mainly results from falsely narrowing down "entrepreneurship" to running a business, being an employer/self-employed", that is also used for management.

The paper will present the substance of the entrepreneurship as it is seen in the European Union approach and in the United States approach of this subject.

Literature Review

The world of work has undergone profound change in recent years. Technology, the employer/employee relationship, skills requirements, immigration, offshore employment, employee benefits -especially health coverage and pensions - and global competition have had a significant impact on the workplace. (CERIDIAN)

Bridges tells us, "Today's workers need to forget the concept of jobs completely, and look instead for work that needs doing - and then set themselves up as the best way to get that work done....The future is going to be very different from what we grew up expecting, and most of us are no more ready for it than eighteenth-century English villagers were for jobs in nineteenth century English factories". "Workers need to develop a mindset, an approach to their work and a way of managing their careers, that is more like an external vendor than the traditional employee (Bridges, CEE)

Most knowledgeable observers in the field of human resource management (HRM) would agree that its major development as a profession came during the half century or so between the end of World War II and the early 1990s. As organizations employing as many as hundreds of thousands became dominant influences in the world of work and as questions about selection, training, work motivation, and compensation practices became more challenging in a growing, dynamic society, the need for professionally trained, skilled personnel became great. (Kraut & Korman, 1999)

Nowadays, the concept of knowledge management is more and more emphasized in any organization as a key factor to success in confronting changes.

Knowledge management is the process of getting the right information from the right source to the right person using the right vehicle at the right time in the right format so that people can make the best decision or take the wisest course of action. The decision or action may require different levels of knowledge. Data consist of basic facts. Information is contextualized data or concepts and ideas made up of related facts. Knowledge is processed information or causal relationships between interrelated elements of information. (Bellingham, 2004)

The perfect combination of intellectual capital and competitiveness involves from the infrastructure that must have an organization to sustain its own economic activity, leadership capabilities and adaptation in case of changing the owners, to the application of technology in an efficient and creative way, always focused more on innovation than on qualified workforce. It is not a matter of workforce skills, but, of maintaining a positive attitude, open to change with the need for further increase of knowledge accumulation, information and experience in an organization that vary substantially from the traditional one. (Pablo Calderon, 2008)

HUMAN RESOURCE MANAGEMENT & ENTREPRENEURSHIP EDUCATION IN A CHANGING WORLD

1. Human Resource Management confronting changes

Today's world of work is much different from yesterday's. Change and uncertainty is the law. It is most likely that a person will be changing jobs six to eight times in his/her life. Having the skills to navigate in this changing world is crucial. It is important. Companies will expect employees to be continuous learners and skill builders in this environment. But, the companies also will realize the importance of maintaining inside the firm all that human resources that can adapt rapidly to these changing world. The human resource may need to simultaneously pursue career education and employment. To expect a path of formal education, followed by one career in an established discipline, followed by retirement, is no longer realistic.

As we have mentioned we'll stop only at two functions of the HRM that we consider are more linked to the performance of any firm in a changing world: career planning and the reward system.

1.1. Career Planning

The concept of organizational loyalty has faded in the decades since World War II. In the 1980s, the average 20 year-old employee could be expected to change jobs approximately six or seven times during his or her lifetime.

The accelerated rate of change in today's world has significantly increased employee mobility. Even when an employee desires to remain with the same organization, changes in its environment may make this choice unfeasible. This environmental forces plus changes within the individuals make career planning important for today's employees. (Byars & Rue, 1987)

While on the one hand working life is becoming longer, on the other hand, through such phenomena as the lifespan of companies themselves contracting due to severe business environment changes, and the increasing tendency for workers to leave their positions due to changes in technology or work duties, people are now finding expanded opportunities for their individual career paths. In addition, companies too are finding that in a management environment in which uncertainties and risks are increasing, in order to create new value individuals are required who have the sensibility to act on their convictions and have a strong sense of the issues that affect a company. In order to find such people, companies must respond to changes in individual working patterns and provide employees with the opportunity to open up their own career paths independently. (MHLW, 2007)

With a career plan, a person is much more likely to experience satisfaction as progress is made along the career path.

From the organization point of view, career planning can reduce costs due to employee turnover. If a company assists employees in developing career plans, these plans are likely to be closely tied to the organization; therefore, employees are less likely to quit.

When an organization shows interest in an employee's career development also has a positive effect on the employee.

Under these circumstances, employees feel that they are regarded by the company as part of an overall plan and not just as numbers.

In this situation, a key employee is motivated to stay in the organization and fight for its welfare.

Although not expected to be a professional counselor, the manager can and should play an important role in facilitating a subordinate's career planning.

Unfortunately, many managers do not perceive career counseling as a part of their managerial duties. As a result a successful career planning results from a joint effort: individual, manager and organization.

The individual does the planning, the manager provides guidance and the organization provides the resource and the structure.

1.2. The Organizational Reward System - Compensation & Pay

First of all it is necessary to clarify that between terms "compensation" and "pay" we cannot put the sign equal. These are not synonymous terms.

Compensation refers to all the extrinsic reward that employees receive in exchange for their work. *Pay* refers only to the actual money that employees receive in exchange for their work.

Just a few decades ago, workers were happy to receive fair pay and a benefits package. Today, those two items are expected, and workers are demanding much more. Flexible work schedules, incentive pay, hiring bonuses, stock options and other programs are all part of a good compensation package.

Compensation and pay have been joined by the work environment to form the new compensation package concept of total rewards.

Employees have decided in the last few years that a large paycheck is not the only thing they need from their employers.

Casual dress, pets in the office, child care facilities and more are no longer seen as peculiar attraction strategies that are only used Silicon Valley and Seattle. Many traditional employers are finding that in order to keep their top employees, they need to have some of these programs in their total reward package. Employees are not longer willing to work 16 hours days for just a large paycheck, there has to be something more for them to take time away from their families now. (Ruddy, 2001)

Let's see what the main components of a successful reward package are:

1) *Base salary* is the hourly, weekly or monthly pay that employees receive in exchange for their work.

The primary objective of any base salary system is to establish a structure and system for the equitable payment of employees, depending on their job and their level of performance in their jobs.

A competitive base salary is the building block for a successful total rewards package.

With today's total reward focus on compensation package, a fair market base salary is typically sufficient, especially if packaged with the right benefits, incentives and work life programs.

According to the 2000 Value of Benefits Survey by Work at Work and the Employee Benefit Research Institute "health insurance remains the top benefit employee's value. However, a good health plan is joined now by other key benefits, such as a quality retirement package, life insurance plans and disability benefits." The study also found that among employees surveyed, 14

% had rejected job offers because they did not feel the benefit package was adequate.(Ruddy, 2001)

2) *Incentive pay*

Incentive pay plans attempts to relate pay to performance in effort to reward above – average performance rapidly and directly. Most incentive plans function in addition to and not in place of the base salary structure.

Two basic requirements are essential; if an incentive plan is to be effective. The first is that employee performance be fairly and accurately evaluated. The second is that the incentives must be awarded on the basis of performance.

Nowadays, more than in any times, to attract the talent needed to survive in today's business environment, companies must seriously consider including some equity incentive bonuses in an employees total rewards package.

According to an e-mail survey by World at Work, companies are responding to this demand just over half (51 %) of the companies polled offer some form of stock based compensation package. Of those, 80 % are offering the package to all employees.

Incentive pay not only attracts top talent into the organization but can also be a key tool in keeping them there.

3) *Work / life benefit*

Employee work / life benefit are those rewards that organizations provide to employees for being a member of the organization.

Today, employees are no longer satisfied by working hours and hours a week. They put a great deal of importance in having time for their families, opportunities for travel or training programs

Taking the employees complete work experience into account when establishing a total rewards package will give employers an edge in trying to attract and maintain top talent.

2. The Entrepreneurship Education confronting changes

Entrepreneurship education means many different things to educators...from primary schools to the university, from vocational education to an MBA. At each level of education, it is reasonable to expect different outcomes as students mature and build on previous knowledge. But the overall purpose remains to develop expertise as an entrepreneur.

Entrepreneurship is a lifelong learning process that has at least five distinct stages of development. This lifelong learning model assumes that everyone in our educational system should have opportunities to learn at the beginning stages, but the later stages are targeted to those who choose to become entrepreneurs.

Stage 1 - BASICS: At this first stage the focus is on understanding the basics of our economy, career opportunities that result, and the need to master basic skills to be successful in a free market economy. Motivation to learn and a sense of individual opportunity are the special outcomes at this stage of the lifelong learning model.

Stage 2 - COMPETENCY AWARENESS: The students will learn to speak the language of business, and see the problems from the small business owner's point of view.

Stage 3 - CREATIVE APPLICATIONS: At this stage, students can take time to explore business ideas and a variety of ways to plan the business. This stage encourages students to create a unique business idea and carry the decision-making process through a complete business plan.

This stage may take place in advanced high school vocational programs, two-year colleges where there are special courses and/or associate degree programs, and some colleges and

universities. The outcome is for students to learn how it might be possible to become an entrepreneur.

Stage 4 - STARTUP: After adults have had time to gain job experience and/or further education, many are in need of special assistance in putting a business idea together.

Stage 5 - GROWTH: Often business owners do not seek help until it is almost too late. A series of continuing seminars or support groups can help the entrepreneur recognize potential problems and deal with them in time. (Ashmore)

2.1. Entrepreneurship in European Union

An Entrepreneurship action Plan was adopted by the European Commission in February 2004, suggesting horizontal measures for the Commission and Member state to create a supportive framework for entrepreneurship policy.

In E.U. entrepreneurship is seen as a key competence, as an important personal quality crucial for the ability to manage one's life.

Within the framework of key competences, entrepreneurship is not seen as a distinct psychological variable but rather an interplay of different skills, knowledge, affective factors and personal qualities. The combination of such competences is among others, an inevitable precondition for successful entrepreneurs, but it is also obvious that each individual has the need for those competences in order to manage his or her personal life.

The term entrepreneurship is therefore used to label a certain set of competences necessary and useful for everyone. The experts of U.E. suggests that the term "Entrepreneurship Education and Learning" should be used to mean as the acquisition of that set of competences by both formal and informal means. "Education" can therefore mean a process guided by more formal structures, including the period of compulsory education, and "learning" will include experiential learning – or "learning by doing" in either informal or non-formal practice. In this sense, entrepreneurial competences become integral to lifelong learning for which the motivation inherent in "learning to learn" becomes critical.

Looking at the definition adopted by the Enterprise Directorate General's expert group for education and training for entrepreneurship, it is clear that running a business is only a limited aspect of this.(European Commission, 2002)

This definition includes two components:

- a broader concept of education for entrepreneurial attitudes and skills, which involves developing certain personal qualities and is not directly focused on the creation of new business
- a more specific concept of training on how to set up a business.

The understanding of entrepreneurship as a general competence is stressed by the definition adopted by Working Group B (WG B) in its list of key competence: entrepreneurship has a passive and an active component: the propensity to induce changes oneself, but also the ability to welcome and support innovation brought about by external factors by welcoming change, taking responsibility for one's actions, positive or negative, to finish what we start, to know where we are going, to set objectives and meet them, and have the motivation to succeed. (European Commission, Feb. 2004)

Inspired by and building upon OECD's DeSeCo-Project, WG B defines key competences as follows: key competences represent a transferable, multifunctional package of knowledge, skills and attitudes that all individuals need for personal fulfillment and development, inclusion and employment. These should have been developed by the end of compulsory school or training, and should act as a foundation for further learning as part of Lifelong Learning.(Rychen & Salganik 2002)

In detail, this definition comprises two major criteria for a key competence:

- competences that can be labeled “key” are transferable and multifunctional. This means that they can be applied in a variety of situations and contexts;
- key competences are necessary and useful for each individual in order to be successful in life.

Transferability and multi-functionality as well as success in life refer not only to employability but to a variety of aspects running horizontally and vertically through a lifetime that can be roughly structured into three areas or “clusters” which are essential for living and working in a modern society:

- leading a private life that promotes personal fulfillment including family, friends, leisure activities etc. but also coping with the practicalities and challenges of a modern and complex society and environment;
- professional life that primarily secures income but also acts as a source for personal fulfillment and contributes to quality of life;
- participating in society and contributing to its further development by being an active citizen at various levels. (European Commission, Nov. 2004)

From this outline it becomes clear that entrepreneurship, if only understood as the abilities and skills applicable for running an enterprise, could not be included in a set of key competences.

Entrepreneurship includes planning, organizing, analyzing, communicating, doing, debriefing, evaluating and recording progress in learning. This set of “management competences” is relevant in private life for managing one’s household etc. as well as for business, and also for participation in society.

Other important aspects of entrepreneurship that are obviously equally relevant in all three areas of life include, among others, identifying one’s personal strengths and weaknesses, displaying pro-active behavior, being curious and creative, understanding risk, responding positively to changes and the disposition to show initiatives.

Keeping in mind the broad definition and the components of entrepreneurship, it could be easily demonstrated that schools are dealing with entrepreneurship at all stages, though usually beginning with the more general skills and competences at primary school level and later adding the more specific concept of training on how to create a business particularly at upper secondary level. However, entrepreneurship education is not only a matter of schools.

As opposed to teaching of subjects such as math or physics, where schools generally have monopoly, there is a strong influence on developing entrepreneurship from the perspective of non-formal and informal education.

2.2. Entrepreneurship in United States

In U.S.A entrepreneurship means change and creative thinking. Vocational students come in all shapes, colors, and sizes. But they do have one thing in common. They are all motivated to prepare for their future via a specialized route...career and technical education.

Vocational programs provide millions of young people with access to the skills and knowledge they need for all types of work, be it agriculture, electronics, sales and marketing, computers, child care, auto mechanics, graphic arts, and so on.

Entrepreneurship education as part of the vocational curriculum is an excellent vehicle for teaching students about change...change that occurs naturally or change that is caused by invention. Entrepreneurship education is a way to teach students to favor change rather than to fear it. (EntrepreNews & Views)

Entrepreneurs drive America's economy, accounting for the majority of our nation's new job creation and innovations. According to the U. S. Census Bureau's *2002 Survey of Business Owners*, self-employed individuals who have no paid employees operate three-fourths of U.S.

businesses. The U. S. Small Business Administration reports that America's 25.8 million small businesses employ more than 50 percent of the private workforce, generate more than half of the nation's gross domestic product, and are the principal source of new jobs in the U.S. economy.

Nearly 80 percent of would-be entrepreneurs in the United States are between the ages of 18 and 34! A 2005 poll from Junior Achievement (JA) found that 68.6 percent of the teenagers interviewed wanted to become entrepreneurs, even though they knew that it would not be an easy path. In spite of this overwhelming interest, however, youth rarely receive any information about entrepreneurship as a career option.

Entrepreneurship education offers a solution. It seeks to prepare people, particularly youth, to be responsible, enterprising individuals who become entrepreneurs or entrepreneurial thinkers by immersing them in real life learning experiences where they can take risks, manage the results, and learn from the outcomes.(U.S.-DOL)

The national culture determines the extent to which existing social and cultural norms encourage or do not discourage individual actions that can lead to new ways of conducting business. The high ranking of the United States in this area is indicative of the country's distinct entrepreneurial orientation. Traditionally, the culture of the United States is one of seeking opportunities and taking risks. This is consistent with the expert informants' assessment of the country characteristics. In fact, the indexes assessing the existence of entrepreneurial opportunities, capacity, and motivation are all higher than the world averages. It is also consistent with Global Entrepreneurship Monitor (GEM) findings regarding the subjective dispositional characteristics of the U.S. population, which show a strong perception of having sufficient skills and ability to start a new business, relatively low fear of failure, and relatively high alertness to unexploited opportunities. Overall, like in previous years, the entrepreneurial culture continues to be a strong differentiating factor between the United States and most other GEM countries. In the United States, a higher percent of both men and women than across all GEM countries believe that good opportunities will be available to them, and that they have the skills, knowledge and experience to start new businesses. Also, in the United States, a higher percentage of both men and women than across all GEM countries know personally someone who started a business in the past two years and, as a result, may benefit from role models. Finally, in the United States, a lower percentage of both men and women than across all GEM countries would be deterred from starting a business by fear of failing.(GEM, 2003)

The professor and dean in the School of Engineering at Tufts and, also, as President and Director of Boston's Museum of Science, Ioannis Miaoulis said that while becoming computer-literate is important, becoming engineering-literate is perhaps even more critical. He agrees that it is not enough to understand how things work, but know that this is the foundation to finding ways for things to work better. But even that is not enough if we don't teach people how to make these ideas into viable business opportunities.

Combining marketing and entrepreneurial skills with science and technology may be the best answer to encouraging innovation in America's future.(CEE, 2004)

William Bridges author of *Job Shift* encourages us to realize the concept of "the job" is rapidly disappearing. Although there will always be enormous amounts of economic work to do, he suggests that the work will not be contained in the familiar envelopes we call jobs. In fact many organizations are well along the way of being "dejobbed". (Bridges, 1995)

The future work options suggest that careers of the future are made by individual choices that make the most of new "basic skills". All workers first must have literacy, numeracy, and computer skills to function effectively in any type of work. Second, all workers in a dejobbed world must have the skills to manage themselves in business like fashion, including

time-management, goal setting, communications, bookkeeping, office management, and management project skills.

As I said in the first part of this chapter, in U.S.A., entrepreneurship is also defined through creative thinking.

Eduard de Bono who has spent the last 30 years working to develop strategies to encourage creative thinking and also from the Nomura Research Institute in Japan says: “ There are three basic aspects of thinking: 1. what is; 2. what may be; and 3. what can be. We are almost totally obsessed with “what is”. We underestimate the extremely valuable contribution that “what may be” has made to progress. We do very little about “what can be” even though our future depends entirely on this aspect.”(EntrepreNews & Views)

Conclusions

As we have seen, in a changing world, the individuals become key factors for global development.

A global development is made by people for people, but these people are confronted with changes that affect not only their professional lives but their private lives too.

The adaptation has to come from the inside of individuals as well as from the strategic approach of the development at the firm level.

Human resources have to develop their own entrepreneurship abilities, but, also, these abilities have to be integrated efficiently in long term strategy of every firm.

This affects the Human Resource Management which has to adapt its strategies for maintaining inside the firm all that human resources that can lead to success in a changing environment.

Getting the best from people at every level when there is constant change is the key to sustainable competitive advantage. Solid strategies, processes and technology alone do not deliver results. It takes people to accept, adopt, drive, and sustain the change to realise tangible impact. Success in business hinges on strategic agility and the ability to execute.

Entrepreneurial activity promotes competition, economic efficiency and innovation, thereby contributing to economic growth.

Entrepreneurs are alert individuals who perceive and exploit profit opportunities. In some cases, entrepreneurs penetrate and expand existing markets and contribute toward economic efficiency by increasing competitiveness. In other cases, in addition to contributing toward market efficiency, entrepreneurs introduce innovations and explore new opportunities by offering new and unique products or services. Innovative entrepreneurs create new markets and expand the set of profit opportunities available to others. Innovative entrepreneurs are also one of the main links between entrepreneurship and economic growth.

Given the changes that affect our lives will not stop soon, we hope that our work will be a starting point for other research in this area. It is intended to be another contribution aimed to summarize the impact of change on human resource but also, to propose solutions for increasing its adaptability to this change.

References

1. Ashmore, C., *Five Stages of Lifelong Learning*, The Consortium for Entrepreneurship Education, Columbus, OH. http://www.entre-ed.org/_entre/5-stages.htm
2. Bellingham, R., *From Personnel Administration to Human and Organizational Capital Development* Published by HRD Press, Inc. 22 Amherst Road, Amherst, Massachusetts 01002, 2004, ISBN 0-87425-762-X, p. 33
3. Bridges, W. *Preparing for the New Century* A review of *Job Shift*, Cathy Ashmore, The Consortium for Entrepreneurship Education, Columbus, OH. http://www.entre-ed.org/_entre/jobshift.htm
4. Byars, L. L. & Rue, L. W., *Human Resource Management*, IRWIN, Homewood, Illinois 60430, 1987, p. 266
5. CEE - The Consortium of Entrepreneurship Education, *EntreNews&Views*, vol 14, issue 1. *How Do Science and Entrepreneurship Connect?* The Ohio Council on Economic Education - The Ohio State University College of Education. Columbus, OH 43210
6. CERIDIAN http://www.ceridian.com/human_resources_article/1,6266,15760-69719,00.html
7. *EntrepreNews & Views – Entrepreneurship Means Change* Cathy Ashmore, The Consortium for Entrepreneurship Education, Columbus, Ohio, http://www.entre-ed.org/_entre/change.htm
8. European Commission, Nov. 2002, Best Procedure project on “*Education and Training for entrepreneurship*”, Final Report of the Expert Group, Nov. 2002 , http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/support_measures/training_education/education_final.pdf
9. European Commission, Feb. 2004, *Working Group on Basic Skills, Foreign Language Teaching and Entrepreneurship*. Progress Report, Feb. 2004,
10. European Commission, Nov. 2004, *Education & Training 2010 – Entrepreneurship Education and Learning*
11. GEM- Global Entrepreneurship Monitor *National Entrepreneurship Assessment • United States of America 2003 Executive Report*.
12. Kraut, A.I., & Korman, A.K., *Evolving practices in human resource management : responses to a changing world of work*, A joint publication in the Jossey-Bass business & management series and the Jossey-Bass social and behavioral science series.” ISBN 0-7879-4012-7) p. 23
13. MHLW - Report from *The Research Association on Lifelong Career Development Support and Corporate Organization*, July 20, 2007, Human Resources Development Bureau, Ministry of Health, Labour and Welfare, Japan <http://www.mhlw.go.jp/english/policy/development/01/pdf/03.pdf>
14. Pablo Calderón, K., *El capital intelectual en la competitividad de las empresas exportadoras del estado de Oaxaca*, Instituto Tecnológico de Oaxaca, División de Estudios de Posgrado e Investigación, 2008, p.1
15. Ruddy, A.C., *Compensating Employees in Today’s Complex Economy*, World at Work, the professional association for compensation, benefits and total rewards, 2001, <http://www.bpwusa.org/i4a/pages/Index.cfm?pageid=3800>
16. Rychen, D. S. & Salganik, L. H., *Defining and Selecting Key Competencies*, Gottingen: Hogref & Huber Publishers 2002
17. U.S. DOL–United States Department of Labor <http://www.dol.gov/odep/pubs/fact/entrepreneurship.htm>

MANAGEMENTUL RESURSELOR UMANE ȘI EDUCAȚIA ANTREPRENORIALĂ ÎNTR-O LUME A SCHIMBĂRII

Simona NICOLAE*
Ana-Maria NEAGU**

Abstract

Principalul scop al prezentei lucrări îl reprezintă evidențierea felului în care schimbările produse în interiorul sectorului economic afectează Managementul Resurselor Umane (MRU) și educația antreprenorială. În prezent, Managementul Resurselor Umane este adesea nevoit să își depășească propriile limite deoarece fenomene precum head – hunting, brain – drain sau migrația resurselor de muncă devin din ce în ce mai prezente în viața oricărei firme. Mai mult, antreprenoriatul implică o gamă largă de competențe, de la rezolvarea conflictelor și creșterea productivității, până la crearea unui climat social adecvat desfășurării optime a activității. Prin urmare, educația antreprenorială devine extrem de importantă pentru rezolvarea problemelor cu care se confruntă orice firmă modernă. Lucrarea va prezenta atât felul în care este privită educația antreprenorială în Uniunea Europeană cât și felul în care este privită ea dincolo de ocean, în Statele Unite ale Americii. În Uniunea Europeană (UE) importanța antreprenoriatului a fost evidențiată începând cu anul 2001 când „dezvoltarea spiritului întreprinderii”, a fost declarat unul dintre cele mai importante obiective care ar trebui luate în considerare de către sistemul de educație și de formare profesională din UE. În SUA acest subiect a fost abordat cu mult mai mult timp în urmă și în prezent este văzut ca o cale de succes nu numai în afaceri, dar și în viața personală.

Cuvinte cheie: educație antreprenorială, managementul resurselor umane, capital uman, globalizare

Introducere

În prezent, a devenit comun să afirmăm că resursa umană reprezintă motorul care pune în mișcare orice afacere modernă. Cel puțin în țările dezvoltate, importanța resursei umane, ca și capital uman și nu ca forță de muncă, nu mai este necesar să fie demonstrată.

Calitatea resursei umane care poate transforma o ființă umană, ca unealtă economică, în capital uman conferă putere tuturor acelor angajați care pot fi mult mai mult decât niște simpli executanți.

Puterea unui angajat cheie poate fi uriașă și a determinat în ultimul timp fenomene ca job hunting sau head hunting.

Demisia unui astfel de angajat poate destabiliza, uneori, întreaga activitate la nivelul unei firme și acesta este motivul pentru care companiile eficiente au dezvoltat programe și strategii prin care să-și păstreze angajații cheie

Fenomenul globalizării însăși conferă putere unui angajat eficient care dorește să își dezvolte cariera într-o organizație deschisă. Sistemul de stimulare, în particular scala de salarizare, variază foarte mult în funcție de naționalitatea firmei și de mediul legislativ în care aceasta își desfășoară activitatea. Cele mai mari diferențe apar în remunerarea brevetelor de succes, iar aceste diferențe generează probleme de etică între organizații și echipele de lucru transnaționale.

În ciuda unei presupuse armonizări a practicilor Managementului Resurselor Umane rezultată din globalizare, acestea reflectă totuși diversitatea națională.

* Lector universitar doctor, Universitatea “Politehnica”, Bucuresti (e-mail: nsim2005@yahoo.com).

** Lector universitar doctor, Universitatea “Politehnica”, Bucuresti.

Atâta timp cât un angajat cheie are alternativa de a fi mai bine remunerat și de a-și dezvolta constant cariera, va părăsi orice organizație care nu corespunde standardelor sale. Această situație afectează fiecare dintre funcțiile MRU, începând cu planificarea, recrutarea, selecția, planificarea carierei și terminând cu sistemul de recompense.

În concluzie, vom încerca să prezentăm în ce fel „schimbarea” afectează modul de abordare a resursei umane și în ce fel acestea se reflectă la nivelul funcțiilor MRU.

Chiar dacă aceste schimbări afectează toate funcțiile MRU ne vom opri doar la două dintre ele, cele mai afectate în opinia noastră și, de asemenea, cele mai strâns legate de relația dintre calitatea resurselor umane și eficiența pe termen lung a oricărei firme: planificarea carierei și sistemul de recompense.

Edward de Bono spunea în deschiderea unei conferințe că, pe măsură ce concurența se intensifică, nu este suficient să faci același lucru mai bine...nu este suficient să fi eficient și să rezolvi probleme. În prezent, afacerile trebuie să țină pasul cu schimbările care obligă la creativitate. Aceasta înseamnă creativitate atât la nivel strategic cât și în prima linie, la nivelul execuției, care este necesar să însoțească translația cerută de o afacere competitivă...de la administrare la antreprenariat.

Antreprenoriatul, din punct de vedere educațional, este adesea greșit înțeles și suferă o problemă de imagine din cauza asocierii sale cu noțiunea de conducere a unei afaceri de pe poziția de angajator. Adesea se așează semnul egal între antreprenariat și management. Din această cauză educația antreprenorială este furnizată și înțeleasă diferit de către agenții economici.

Lucrarea va încerca să prezinte esența antreprenoriatului așa cum este înțeleasă ea atât în Uniunea Europeană cât și în Statele Unite ale Americii.

Prezentarea literaturii existente pe tematica propusă

Lumea muncii a suferit profunde transformări de-a lungul ultimilor ani. Tehnologia, relațiile angajat/angajator, standardele de calificare, imigrația, ocuparea offshore, avantajele oferite angajaților – în mod deosebit asigurările de sănătate și pensii - și competiția globală au avut un impact semnificativ asupra caracteristicilor locului de muncă. (CERIDIAN)

Bridges spune: muncitorul de azi trebuie să uite complet noțiunea de „servici”, de loc de muncă, și să se pregătească pentru a executa sarcinile de lucru în modul cel mai eficient cu putință. Viitorul va fi foarte diferit față de ceea ce credeam, și cei mai mulți dintre noi nu suntem mai pregătiți pentru actualele locuri de muncă decât erau sătenii englezi din secolul optsprezece pentru locurile de muncă din fabricile secolului nouăsprezece. Angajații trebuie să își dezvolte un anumit tip de gândire, un anumit mod de abordare a muncii lor și totodată un anumit mod de gestionare a carierei care le conferă un statut mai apropiat de cel al unui furnizor extern decât de cel al unui angajat tradițional. (Bridges, CEE)

Majoritatea analiștilor în domeniul Managementului Resurselor Umane sunt de acord că cea mai mare dezvoltare a acestuia, ca profesie, a înregistrat-o la jumătatea secolului XX sau între sfârșitul celui de-al doilea Război Mondial și începutul anilor '90. Atâta timp cât organizații care angajează sute de mii de oameni influențează dominant piața muncii iar aspectele privind selecția, pregătirea, motivația și practicile legate de compensații au devenit provocări din ce în ce mai mari într-o societate dinamică iar nevoia de personal specializat devine și ea din ce în ce mai acută. (Kraut & Korman, 1999)

În prezent, noțiunea de management al cunoașterii devine din ce în ce mai prezentă în orice organizație ca factor de succes în confruntarea cu schimbarea.

Managementul cunoașterii este procesul prin care se oțin informații de către persoana potrivită din sursa potrivită, utilizând suportul potrivit în formatul potrivit astfel încât oamenii să

poată lua cea mai bună decizie sau să urmeze cea mai înțeleaptă cale. Decizia sau acțiunea pot necesita diferite niveluri de cunoaștere. Date constând în fapte de bază. Informația reprezintă date contextualizate sau concepte și idei rezultate din fapte corelate. Cunoșterea reprezintă informația procesată sau relația causală dintre diferitele elemente componente ale informației. (Bellingham, 2004)

Combinăția perfectă dintre capitalul intelectual și competitivitate implică o multitudine de factori, de la infrastructura care trebuie să existe într-o organizație pentru a susține activitatea acesteia, leadershipul și adaptarea în cazul schimbării proprietarului/prorietarilor până la aplicarea noilor tehnologii într-un mod eficient și creativ întotdeauna axat mai mult pe inovare decât pe calificarea forței de muncă. Nu este practic o problemă de pregătire a forței de muncă ci de menținere a unei atitudini pozitive, deschise la schimbare și cu nevoia de creștere a acumulărilor de cunoaștere, informație și experiență într-o organizație care diferă foarte mult de una tradițională. (Pablo Calderon, 2008)

I. Managementul Resurselor Umane în confruntarea cu „schimbarea”

În prezent, piața muncii diferă extrem de mult de cea care exista chiar cu puțin timp în urmă. Practic, schimbarea și incertitudinea au devenit lege. Drept consecință, este mai mult decât probabil ca o persoană să își schimbe locul de muncă între șase și opt ori de-a lungul vieții sale profesionale. A avea capacitatea de a naviga într-o astfel de lume devine crucial. Companiile se așteaptă ca angajații lor să studieze continuu și să-și îmbunătățească constant abilitățile profesionale. Dar, în același timp, aceleași companii realizează importanța menținerii în interior a unor angajați flexibili care se adaptează cu ușurință la schimbare. Resursa umană trebuie practic să urmărească în același timp atât pregătirea profesională pentru carieră cât și ocuparea pe piața forței de muncă. A merge pe calea educației formale și a te aștepta la obținerea unui loc de muncă într-un domeniu foarte bine delimitat, urmat după mai mulți ani de pensionare nu mai este de mult o așteptare realistă.

Așa cum menționam la începutul lucrării, ne vom opri în cele ce urmează doar la două dintre funcțiile MRU, care sunt, în opinia noastră cel mai strâns legate de performanțele oricărei organizații într-o lume a schimbării: planificarea carierei și sistemul de recompense.

1.1. Planificarea carierei

Conceptul de loialitate organizațională a apus de câteva decenii, începând practic cu cel de al 2-lea Război Mondial. În anii '80 angajații cu o medie de vârstă de 20 ani se puteau aștepta să își schimbe locul de muncă de aproximativ șase sau șapte ori de-a lungul vieții profesionale.

Ritmul accelerat al schimbărilor în lumea de azi a determinat o creștere semnificativă a mobilității angajaților. Chiar în situația în care un angajat dorește să rămână în interiorul unei organizații, schimbările din mediul în care aceasta își desfășoară activitatea fac această dorință imposibil de realizat. Toate aceste forțe care acționează în mediul extern al organizației, dar și diferențele dintre indivizi, clasează planificarea carierei în topul preocupărilor importante ale oricărui angajat din zilele noastre. (Byars & Rue, 1987)

În timp ce, pe de o parte, durata vieții profesionale a oricărui angajat este din ce în ce mai lungă iar pe de altă parte durata de viață a organizațiilor într-un mediu de afaceri extrem de schimbător și ostil este din ce în ce mai scurtă, iar tendința de părăsire a unei companii ca urmare a dezvoltării noilor tehnologii se accentuează, resursa umană poate găsi oportunități extinse pentru propriul model de carieră. (MHLW, 2007)

Cu un plan de carieră bine organizat, o persoană are mult mai multe șanse de a cunoaște satisfacția profesională de-a lungul evoluției carierei sale.

Din punctul de vedere al organizației, planificarea carierei poate reduce costurile datorită rotației posturilor. În cazul în care o companie acordă asistență angajaților în dezvoltarea unui plan al carierei, acest plan poate să fie construit într-un mod mult mai apropiat de obiectivele organizației decât în situația în care acesta ar fi dezvoltat doar de către angajat. De asemenea, riscul de a pierde un angajat asistat în dezvoltarea planului personal de carieră scade simțitor iar acesta nu va fi tentat să părăsească organizația.

Când o organizație manifestă interes în dezvoltarea carierei unui angajat acest lucru are efecte pozitive și asupra angajatului însuși. În aceste circumstanțe, angajații simt că sunt recompensați de către organizație și că fac parte din planul acesteia de dezvoltare. Astfel, ei nu conțază doar ca număr.

Într-o astfel de situație, un angajat cheie este motivat să rămână și să lupte pentru bunăstarea lui dar și pentru bunăstarea companiei.

Deși nu se așteaptă a fi un consilier profesional, managerul poate și trebuie să joace un rol important în susținerea planificării carierei subordonaților săi.

Din nefericire însă, mulți manageri nu percep ca intrând în atribuțiile lor consilierea carierei angajaților. În consecință, un plan al carierei încununat de succes rezultă din efortul comun a trei părți: individul, managerul și organizația.

Individul realizează planul, managerul oferă asistență iar organizația furnizează resursele și infrastructura.

1.2. Sistemul de recompense - Compensații și Plăți

Înainte de toate este necesar să clarificăm faptul că între termenii compensații și plăți nu putem pune semnul egal. Ei nu sunt termeni sinonimi.

Compensațiile se referă la toate acele recompense extrinseci pe care angajații le primesc în schimbul muncii depuse. Plata (plățile), se referă doar la sumele de bani primite de către angajați în schimbul muncii depuse.

Doar cu câteva decenii în urmă angajații erau mulțumiți să primească o sumă echitabilă și un anumit pachet de beneficii. În prezent, aceste două elemente sunt de asemenea așteptate de către cei care prestează munca, dar ele sunt adesea însoțite și de alte elemente legate de: programul de lucru flexibil, plăți motivante, bonusuri, acces la acțiunile firmei și alte programe care împreună fac parte dintr-un pachet echitabil de compensații din punctul de vedere al angajatului.

Compensațiile și plata au fost aduse împreună de către mediul de lucru pentru a forma un nou pachet de compensare ca parte a sistemului global de recompense. Angajații au decis în ultimii ani că o sumă forată mare de bani nu mai este ceea ce așteaptă din partea angajatorilor lor.

O anumită ținută vestimentară, facilități legate de îngrijirea copiilor sau chiar accesul animalelor de companie în interiorul firmei nu mai sunt strategii de atragere a resurselor umane doar în Silicon Valley sau Seattle. Mulți dintre angajatorii tradiționali se văd nevoiți să modifice conținutul sistemului de recompense tocmai pentru a păstra în cadrul firmei angajații de top. Angajații sunt din ce în ce mai puțin dispuși să petreacă 16 ore la serviciu, departe de familiile lor doar pentru o sumă mai mare de bani. Trebuie să obțină și alte avantaje de pe urma muncii lor pentru a accepta acest program de lucru. (Ruddy, 2001)

Considerăm utilă în continuare prezentarea principalelor componente ale unui pachet de recompense motivant:

1) *Salariul de bază* – reprezintă suma de bani orară, săptămânală sau lunară primită de către un angajat în schimbul muncii depuse.

Principalul obiectiv al salarizării de bază este acela de a stabili un sistem și o structură de plată echitabile pentru angajați, ținând cont atât de munca depusă cât și de nivelul de performanță profesională a acestora.

Un salariu de bază competitiv este practic piatra de temelie pentru întreg sistemul de recompense la nivelul unei firme.

Cu un sistem de recompense centrat pe un întreg pachet de compensații, un salariu de bază corect este considerat suficient dacă este însoțit de beneficii satisfăcătoare și programe de îmbunătățire a motivației muncii.

Potrivit anchetei „The 2000 Value of Benefits” realizată de World at Work și de Institutul de Cercetare a Beneficiilor acordate salariaților, asigurările de sănătate rămân în topul valorii avantajelor acordate salariaților. Mai mult chiar, un plan de sănătate eficient este însoțit acum și de alte avantaje cheie, cum ar fi asigurarea unui pachet de servicii legate de pensionare, asigurări de viață sau acordarea unor beneficii persoanelor cu dizabilități. Studiul a relevat de asemenea că dintre angajații care au făcut obiectul anchetei 14 % au respins oferte de muncă deoarece nu au considerat satisfăcător pachetul de beneficii care le era oferit. (Ruddy, 2001)

2) *Sistemul de prime* - își propune să stabilească o legătură între plată și eficiența muncii ca recompensare a performanțelor peste medie. Majoritatea sistemelor de prime funcționează împreună cu și nu în locul structurii salariale de bază.

Două cerințe de bază sunt esențiale pentru ca un sistem de prime să fie eficient:

- în primul rând performanțele angajaților trebuie evaluate corect și neechivoc.
- în al doilea rând, primele trebuiesc acordate doar pe baza performanțelor.

În prezent, mai mult decât în oricare altă perioadă, pentru atragerea talentelor necesare supraviețuirii într-un mediu de afaceri dinamic și competitiv, companiile sunt practic obligate să includă în sistemul de recompensare a angajaților, anumite bonusuri legate de participațiile la capitalul firmei, care să facă practic diferența față de potențialii concurenți.

Potrivit unei anchete statistice realizate prin e-mail de către World at Work, din totalul companiilor care au răspuns chestionarelor, un pic peste jumătate au afirmat că acordă angajaților lor compensații bazate pe o formă de acces la acțiuni sau la patrimoniul firmei. Dintre aceștia, 80% oferă aceste compensații tuturor angajaților.

Sistemul de prime este deosebit de important nu numai pentru atragerea talentelor de top în organizație dar de asemenea, reprezintă un element cheie de păstrare a acestora în interiorul firmei.

3) *Beneficii care privesc raportul muncă - viață privată* - sunt acele avantaje oferite angajaților de către organizație pentru calitatea de membru al acesteia.

În prezent, angajații nu mai sunt mulțumiți lucrând ore în șir de-a lungul săptămânii de lucru. Aceștia încep să pună din ce în ce mai mult accentul pe importanța timpului petrecut cu familiile lor, a oportunităților de călătorie sau a programelor de pregătire profesională. Doar luând în considerare totalitatea aspectelor legate de viața profesională a angajaților și stabilind în concordanță cu acestea un sistem de recompense eficient, angajatorii vor reuși să atragă și să mențină în interiorul firmei talentele de top care vor conferi întregii activități acea flexibilitate în fața schimbărilor din mediul economic și financiar în care funcționează firma.

II. Educația antreprenorială în confruntarea cu „schimbarea”

Educația antreprenorială este înțeleasă adesea foarte diferit de către cei care o predau: începând cu educația primară și terminând cu cea furnizată de către universități, de la educația profesională și până la MBA. La fiecare nivel educațional, este rezonabil să fie așteptate anumite rezultate bazate pe experiențele și cunoștințele dobândite anterior. Toate aceste rezultate însă, converg, în ultimă instanță, spre construirea abilităților de antreprenor.

Antreprenoriatul presupune un proces de învățare pe tot parcursul vieții care conține cinci stadii distincte de dezvoltare. Acest model de învățare pe tot parcursul vieții se bazează pe supoziția potrivit căreia orice persoană care intră în sistemul educațional are oportunitatea de a

învăța anumite aspecte ale antreprenoriatului în stadiile de bază. Ulterior însă, cei care acced la stadiile superioare sunt cei care, în esență, au ales să devină antreprenori.

STADIUL 1- Noțiuni de bază – în această etapă accentul cade pe înțelegerea elementelor de bază ale economiei, a oportunităților legate de carieră ce rezultă din acestea, dar și a nevoii de a dezvolta anumite abilități elementare și indispensabile totodată pentru obținerea succesului într-o economie de piață. Rezultatele acestui stadiu sunt reprezentate de motivația de a învăța și de obținerea aceluși simț aparte care poate determina sesizarea în timp util a anumitor oportunități individuale.

STADIUL 2 – Conștientizarea competențelor- în această etapă, cursanții vor învăța limbajul specific afacerilor și vor vizualiza problemele din punctul de vedere al proprietarului unei mici afaceri.

STADIUL 3 – Aplicații creative - în această etapă cursanții își vor petrece timpul explorând idei de afaceri și realizând mai multe căi de planificare a unei afaceri. Aceștia vor fi practic încurajați să creeze o idee de afaceri nouă și să dezvolte un proces decizional în interiorul unui plan de afaceri complet.

De obicei acest stadiu se desfășoară la nivelul educației liceale sau profesionale, în colegii sau universități. Acestea de obicei au programe scurte de pregătire în acest domeniu și pot conferi la absolvire un certificat de recunoaștere a competențelor dobândite în urma parcurgerii lor. Drept rezultat, cursanții vor învăța cum pot deveni antreprenori.

STADIUL 4 – Startul - este o etapă în care adulții care au dobândit o anumită experiență în muncă necesită asistență în punerea în practică a ideilor de afaceri.

STADIUL 5 – Creșterea – adesea proprietarul unei afaceri caută ajutor atunci când este prea târziu. O serie de seminarii organizate în această etapă îl pot ajuta pe antreprenor să recunoască potențialele probleme și să le facă față în mod eficient. (Ashmore)

2.1. Antreprenoriatul în Uniunea Europeană

Un plan de acțiune privind antreprenoriatul a fost adoptat de către Comisia Europeană în Februarie 2004 sugerând măsuri orizontale atât pentru Comisie cât și pentru Statele Membre menite să creeze un cadru de susținere a politicii antreprenoriale.

În Uniunea Europeană antreprenoriatul este privit ca o competență cheie, ca o calitate personală deosebit de importantă pentru abilitatea de a conduce viața cuiva.

În cadrul creat de către competențele cheie, antreprenoriatul nu este văzut ca o variabilă psihologică distinctă ci mai degrabă ca un amestec de cunoștințe, deprinderi, abilități, factori afectivi și calități personale. O combinație a acestor elemente este, printre altele, o condiție indispensabilă pentru întreprinzătorii de succes, dar este, de asemenea, evident că fiecare individ necesită tot acest cumul de competențe pentru a-și conduce propria viață.

Termenul „antreprenoriat” este adesea folosit pentru a exprima un anumit set de competențe necesare și utile oricărui individ.

Experții Uniunii Europene sugerează că termenul „Educație și învățare antreprenorială” ar trebui să fie utilizat pentru dobândirea de competențe atât prin mijloace formale cât și informale. „Educația” poate însemna un proces ghidat mai mult de structuri formale, ce includ învățământul obligatoriu, în timp ce „învățarea” include și aspecte practice, formale sau informale, de tipul „învățare prin practică”. În acest sens competențele antreprenoriale se integrează în procesul de învățare pe tot parcursul vieții, proces în care „a învăța să înveți” devine o noțiune critică.

Privind la definiția adoptată de către grupul de experți pentru educație și formare profesională pentru antreprenoriat al Directoratului General pentru Întreprinderi, este clar că derularea unei afaceri reprezintă doar un aspect limitat al acestuia. (European Commission, 2002)

Definiția include două componente:

- un concept mai larg referitor la educație care cuprinde acele atitudini și abilități antreprenoriale ce implică dezvoltarea anumitor calități personale și nu este direct axată pe crearea de noi afaceri.

- un concept mai restrâns referitor la formarea profesională necesară inițierii și derulării efective a unei afaceri.

Înțelegerea antreprenoriatului ca și competență generală este subliniată și de către definiția adoptată de Grupul de Lucru B în lista sa de competențe cheie: astfel, antreprenoriatul are atât o componentă pasivă cât și o componentă activă: pe de o parte proprietatea de a induce schimbări sieși iar pe de altă parte, abilitatea de a întâmpina și sprijini procesul de inovare impus de factori externi printr-o atitudine deschisă în fața schimbării, care presupune printre altele : asumarea responsabilității pentru acțiunile cuiva, fie ele pozitive sau negative, a termina ceea ce a fost început, a știi încotro te îndrepti, a stabili obiective și a ieși în întâmpinarea lor și, nu în ultimul rând, a avea motivația succesului. (European Commission, Feb. 2004)

Inspirat de și construit pe Proiectul OECD DeSeCo, Grupul de Lucru B definește competențele cheie necesare viitorului antreprenor după cum urmează: competențele cheie reprezintă un pachet de cunoștințe, abilități și atitudini, transferabil și multifuncțional necesar tuturor indivizilor atât pentru satisfacția și dezvoltarea personală cât și pentru incluziunea și ocuparea pe piața muncii. Acestea trebuie dezvoltate la sfârșitul educației obligatorii și trebuie să constituie fundația pe care ulterior se va dezvolta procesul de învățare pe toată durata vieții. (Rychen & Salganik 2002)

În detaliu, această definiție cuprinde două criterii majore pentru o competență cheie:

- acele competențe catalogate drept „competențe cheie” sunt transferabile și multifuncționale. Aceasta înseamnă că ele pot fi aplicate într-o varietate de situații și contexte.

- competențele cheie sunt necesare și utile pentru fiecare individ în parte ca mijloc de obținere a succesului în viață.

Transferabilitatea și multifuncționabilitatea, la fel ca și succesul în viață se referă nu numai la dobândirea unui loc de muncă dar și la o multitudine de aspecte întâlnite atât pe verticala cât și pe orizontala cursului vieții, aspecte ce pot fi structurate în trei mari grupe esențiale traiului și muncii într-o societate modernă:

a) o viață privată care promovează satisfacția personală ce include familia, prietenii, petrecerea timpului liber, etc. dar și colaborarea cu aspectele practice și schimbările aduse de un mediu și o societate deosebit de complexe și moderne;

b) o viață profesională ce asigură în primul rând un venit sigur dar care totodată conferă și împlinire angajatului contribuind la creșterea calității vieții acestuia.

c) participarea activă a cetățenilor în societate, la diferite niveluri, și contribuția lor la dezvoltarea sa viitoare. (European Commission, Nov. 2004)

Din aceste elemente reiese clar că antreprenoriatul, înțeles doar ca abilitatea de a derula o afacere, nu poate fi inclus în categoria competențelor cheie. Antreprenoriatul include planificare, organizare, analiză, comunicare, realizare, raportare, evaluare și înregistrare a progreselor în învățare. Acest set de competențe manageriale este relevant atât în viața privată, cât și pentru derularea unei afaceri sau participarea la viața socială.

Alte aspecte importante ale antreprenoriatului care sunt de asemenea relevante în toate cele trei sfere ale vieții, includ printre altele: identificarea punctelor slabe și a celor forte, afișarea unui comportament pro-activ, promovarea curiozității și a creativității, înțelegerea riscului, atitudine pozitivă în fața schimbării și dispoziția de a avea inițiativă.

Păstrând în minte această definiție extinsă și componentele antreprenoriatului, este simplu să demonstrăm că sistemul educațional se confruntă cu aspecte ale antreprenoriatului la toate nivelurile, deși, în mod obișnuit, în școala primară aceste aspecte se referă la competențe și

abilități mai generale, urmând ca, ulterior, în ciclul secundar, să se pună accentul pe concepte specifice legate de crearea propriu-zisă a unei afaceri. Oricum, educația antreprenorială nu este doar o disciplină școlară.

În opoziție cu predarea unor discipline cum sunt matematica sau fizica, unde școala de obicei deține monopolul, dezvoltarea antreprenoriatului este puternic influențată atât de structurile formale cât și de structurile informale ale sistemului educațional.

2.2. Antreprenoriatul în SUA

În SUA, antreprenoriatul semnifică schimbare și gândire creativă. Elevii (studenții) sunt foarte diferiți unul față de celălalt, dar toți au în comun un singur lucru: motivația de a se pregăti pentru viitor, optând pentru o anumită rută de specializare, carieră și educație tehnică. Programele de pregătire profesională furnizează către milioane de oameni accesul la acele competențe și cunoștințe necesare pentru orice tip de muncă, fie ea în agricultură, electronică, vânzare și marketing, computere, mecanică, artă, etc.

Educația antreprenorială, ca parte a curriculumului profesional, este un excelent mijloc de a-i învăța pe elevi despre schimbare, schimbare care apare natural sau este cauzată de progresul tehnic. Educația antreprenorială este în esență acel tip de educație care îi învață pe elevi (studenți) să profite de pe urma schimbării și nu să se teamă de ea. (EntrepreNews & Views)

Antreprenorii conduc economia americană, generând majoritatea locurilor de muncă nou create și majoritatea inovațiilor. Potrivit *Anchetei asupra Proprietarilor de Afaceri*, realizată de U. S. Census Bureau's, persoanele care desfășoară activități independente reprezintă circa trei pătrimi din totalul afacerilor derulate în SUA.

Administrația SUA pentru Afaceri Mici, raportează că cele 25,8 milioane de afaceri mici absorb mai mult de 50% din forța de muncă, generează mai mult de jumătate din PIB-ul națiunii și reprezintă sursa principală de noi locuri de muncă în economia americană.

Aproximativ 80% din cei care doresc să devină antreprenori în SUA au vârste cuprinse între 18 și 34 ani. Un sondaj din 2005, realizat de către Junior Achievement (JA), relevă că 68,6% dintre adolescenții intervievați doreau să devină antreprenori, cu toate că erau perfect conștienți că această alegere nu reprezintă un drum ușor. În ciuda acestui interes coplesitor însă, tinerii foarte rar primesc informații despre antreprenoriat ca opțiune pentru carieră.

Educația antreprenorială oferă însă o soluție. Ea pregătește oamenii, în mod deosebit tinerii, să devină responsabili și să se poată transforma astfel în antreprenori, asumându-și riscurile și gestionând rezultatele generate de experiențele din viața reală. (U.S.-DOL)

Cultura națională determină măsura în care normele sociale și culturale existente încurajează sau nu acțiunile individuale care se pot transforma în noi forme de conducere a afacerilor. Locul fruntaș pe care îl ocupă SUA în acest domeniu este dat de orientarea antreprenorială distinctă a acesteia. Tradițional, cultura SUA este bazată pe căutarea oportunităților și asumarea riscului. Acest lucru este în concordanță cu concluziile experților care se ocupă de evaluarea caracteristicilor țării. De fapt, indicii calculați atestă existența oportunităților antreprenoriale, a capacității și a motivației, peste media mondială.

Acest lucru este de asemenea în concordanță cu concluziile Global Entrepreneurship Monitor (GEM) referitoare la înclinația subiectivă a populației SUA către: o puternică percepție a competențelor și abilităților necesare și suficiente pentru a începe o nouă afacere; o teamă de eșec relativ scăzută; stare de alertă relativ ridicată în fața oportunităților neexploatate. Per total, ca și în anii precedenți, cultura antreprenorială continuă să fie un factor puternic de diferențiere între SUA și majoritatea țărilor monitorizate de GEM. În SUA, față de toate celelalte state, un procent mai mare de bărbați și femei consideră că vor exista oportunitățile suficiente disponibile pentru ei și că aceștia au abilitățile, cunoștințele și experiența necesare pentru a începe o nouă afacere. Totodată,

în SUA, un procent mai mare al populației masculine și feminine cunoaște cel puțin o persoană care în ultimii doi ani a început o afacere și drept urmare poate beneficia de pe urma rolului acesteia de model. De asemenea, în SUA, există un procent mai mic al acelor care renunță la a mai demara o afacere din cauza temerii de eșec. (GEM, 2003)

Profesorul și decanul Școlii de Inginerie din Tuftsand, Ioannis Miaoulis, de pe poziția sa de Președinte și director al Muzeului Științei din Boston, spunea că în timp ce a ști să folosești computerul este important, a deveni cunoscător în domeniul ingineriei care îl produce devine critic. El este de acord că nu este suficient să înțelegi cum merg lucrurile, ci că aceasta reprezintă baza, fundamentul, pentru a găsi calea de a face lucrurile să meargă mai bine. Chiar și așa însă, nu este suficient dacă nu îi învățăm pe oameni cum să transforme ideile lor în oportunități viabile de afaceri.

Combinând marketingul și abilitățile manageriale cu știința și tehnologia poate fi cea mai bună cale de a încuraja procesul de inovare în viitorul Americii. (CEE, 2004)

William Bridges, autorul cărții Job Shift, ne sfătuiește să realizăm că noțiunea de „servicii” este în curs de dispariție. Cu toate că întotdeauna va fi necesară în societate o cantitate impresionantă de muncă, aceasta nu va fi „împachetată” în acea formă pe care o cunoaștem cu toții. În realitate, multe organizații sunt confruntate cu un fenomen care în literatura de specialitate poartă denumirea de „dejobbed world”. (Bridges, 1995).

Opțiunile viitoare legate de muncă sugerează că, la baza carierei viitorului se afla alegerile individuale care devin parte a noilor „aptitudini de bază”. Toți lucrătorii trebuie să aibă capacitatea de a citi, scrie, socoti și utiliza calculatorul pentru a putea funcționa eficient în orice tip de muncă. De asemenea, toți lucrătorii într-o lume „dejobbed” trebuie să dispună de capacitatea de a se descurca în afaceri ca: managementul timpului, contabilitate, managementul proiectelor, etc.

Această situație, susține practic mențiunea făcută în prima parte a lucrării, aceea că în SUA, antreprenoriatul este, de asemenea, definit drept gândire creativă.

Eduard de Bono, care a petrecut ultimii 30 de ani dezvoltând strategii de încurajare a gândirii creative spunea: „există trei aspecte de bază ale gândirii: 1. „ce este?”; 2. „ce ar putea fi?”; 3. „ce poate fi?”. Noi suntem de regulă totalmente obsedați de „ce este”, subestimăm contribuția valoroasă a ceea „ce poate fi” și facem extrem de puțin în legătură cu „ce poate fi”, chiar dacă viitorul nostru depinde în întregime de acest aspect”. (EntrepreNews&Views)

Concluzii

După cum am arătat, într-o lume aflată în schimbare, indivizii devin factori cheie pentru dezvoltarea globală.

Dezvoltarea globală este făcută de oameni pentru oameni, dar acești oameni sunt adesea confrunțați cu schimbări care le afectează în egală măsură viața profesională și viața privată. Adaptarea la aceste schimbări trebuie să vină atât din interiorul individului cât și din abordarea strategică a dezvoltării la nivel de firmă.

Resursa umană trebuie să-și dezvolte propriile abilități antreprenoriale, dar, totodată, aceste abilități este necesar a fi integrate eficient în strategia pe termen lung a oricărei firme.

Această situație afectează Managementul Resurselor Umane care trebuie să-și adapteze propriile strategii pentru a menține în interiorul firmei toate acele resurse umane care pot conduce firma către succes într-un mediu extrem de instabil.

Obținând maximum de la resursa umană la fiecare nivel, în condițiile în care singura „constantă” e schimbarea, reprezintă cheia avantajului comparativ pe termen lung. Strategiile solide, procesele și tehnologiile de ultimă generație nu sunt suficiente pentru a obține rezultate bune. Este necesar ca oamenii să accepte, să adopte și să conducă schimbarea în așa fel încât să

beneficieze de pe urma avantajelor care o însoțesc. Succesul în afaceri se bazează pe agilitatea strategică dar și pe abilitatea de a executa.

Activitatea antreprenorială promovează competiția, eficiența economică și inovarea, prin intermediul lor contribuind astfel la creșterea economică.

Antreprenorii sunt indivizi alerți care observă și exploatează oportunitățile generatoare de profit. În anumite situații antreprenorii penetrează și extind piețele existente și contribuie la eficiența economică prin creșterea competitivității. În alte situații, pe lângă contribuția la creșterea eficienței pieței, antreprenorii sunt responsabili de introducerea inovațiilor și explorarea noilor oportunități prin oferirea de produse și servicii unice. Totodată, antreprenorii inventivi crează piețe noi și extind setul de oportunități generatoare de profit și către ceilalți antreprenori. Și ce este extrem de important, antreprenorii reprezintă una dintre principalele legături dintre antreprenariat și creșterea economică.

Dat fiind faptul că schimbările care afectează în prezent viețile tuturor resurselor umane nu se vor opri curând, sperăm că lucrarea de față se va constitui într-un punct de plecare pentru alte cercetări în acest domeniu. Ea se dorește a fi încă o contribuție menită a sintetiza impactul schimbărilor asupra resurselor umane dar, totodată, și de a oferi soluții de creștere a adaptabilității în fața acestor schimbări.

Referințe bibliografice

1. Ashmore, C., *Five Stages of Lifelong Learning*, The Consortium for Entrepreneurship Education, Columbus, OH. http://www.entre-ed.org/_entre/5-stages.htm
2. Bellingham, R., *From Personnel Administration to Human and Organizational Capital Development* Published by HRD Press, Inc. 22 Amherst Road, Amherst, Massachusetts 01002, 2004, ISBN 0-87425-762-X, p. 33
3. Bridges, W. *Preparing for the New Century: A review of Job Shift*, Cathy Ashmore, The Consortium for Entrepreneurship Education, Columbus, OH. http://www.entre-ed.org/_entre/jobshift.htm
4. Byars, L. L. & Rue, L. W., *Human Resource Management*, IRWIN, Homewood, Illinois 60430, 1987, p. 266
5. CEE - The Consortium of Entrepreneurship Education, *EntrepreNews&Views*, vol 14, issue 1. **How Do Science and Entrepreneurship Connect?** The Ohio Council on Economic Education - The Ohio State University College of Education. Columbus, OH 43210
6. CERIDIAN, http://www.ceridian.com/human_resources_article/1,6266,15760-69719,00.html
7. *EntrepreNews & Views – Entrepreneurship Means Change* Cathy Ashmore, The Consortium for Entrepreneurship Education, Columbus, Ohio
http://www.entre-ed.org/_entre/change.htm
9. European Commission, Nov. 2002, Best Procedure project on “*Education and Training for entrepreneurship*”, Final Report of the Expert Group, Nov. 2002 http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/support_measures/training_education/education_final.pdf
10. European Commission, Feb. 2004, *Working Group on Basic Skills, Foreign Language Teaching and Entrepreneurship*. Progress Report, Feb. 2004,
11. European Commission, Nov. 2004, *Education & Training 2010 – Entrepreneurship Education and Learning*
12. GEM- Global Entrepreneurship Monitor *National Entrepreneurship Assessment • United States of America 2003 Executive Report*.
13. Kraut, A.I., & Korman, A.K., *Evolving practices in human resource management: responses to a changing world of work*, A joint publication in the Jossey-Bass business & management series and the Jossey-Bass social and behavioral science series.” ISBN 0-7879-4012-7) p. 23
14. MHLW - Report from *The Research Association on Lifelong Career Development Support and Corporate Organization*, July 20, 2007, Human Resources Development Bureau, Ministry of Health, Labour and Welfare, Japan <http://www.mhlw.go.jp/english/policy/development/01/pdf/03.pdf>
15. Pablo Calderón, K., *El capital intelectual en la competitividad de las empresas exportadoras del estado de Oaxaca*, Instituto Tecnológico de Oaxaca, División de Estudios de Posgrado e Investigación, 2008, p.1
16. Ruddy, A.C., *Compensating Employees in Today’s Complex Economy*, World at Work, the professional association for compensation, benefits and total rewards, 2001, <http://www.bpwwsa.org/i4a/pages/Index.cfm?pageid=3800>
17. Rychen, D. S. & Salganik, L. H., *Defining and Selecting Key Competencies*, Gottingen: Hogref & Huber Publishers 2002
18. U.S. DOL–United States Department of Labor <http://www.dol.gov/odep/pubs/fact/entrepreneurship.htm>

COSTS AND BENEFITS OF EURIZATION IN KOSOVO

Myrvete BADIYUKU-PANTINA*
Mihane BERISHA-NAMANI**

Abstract

One of the many challenges that Kosovo faced after the conflict of 1999 was the selection of a monetary structure. At the time when the United Nations undertook the administration of Kosovo (UNMIK), adoption of the monetary structure based on the utilization of the German Mark appeared as a natural solution. Utilization of a sustainable currency was important in maintaining macroeconomic stability and played a key role in the reestablishment of people's trust in the financial sector. There was an immense urgency for assuring cash currency and the abolition of the Yugoslav Dinar as a means of transaction. At the beginning of 2002 when the replacement of the inherited currency in Euro was carried out in the Eurozone countries, it was also necessary to replace the German Mark in Kosovo. In accordance with UNMIK Regulation No. 1999/4, EURO ("EUR") was adopted as an official currency in Kosovo as of January 1st 2002. EURO replaced the German Mark ("DEM") which was the measurement and reporting currency in the territory of Kosovo. The objective of this paper is to present the costs and benefits brought to the Kosovo economy by the utilization of Euro as its main currency in circulation, and to what extent are the costs acceptable compared to the advantages that were brought by the introduction of Euro in the Kosovo economy.

Keywords: Kosovo economy, German Mark, Euro, Costs, Benefits.

Introduction

In the ten-year period Kosovo has shifted from a post-conflict country to a country that is considered in transition. It has moved away from concentrating in the reconstruction of the country toward economic development and integration into European structures. Still, the economic development is insufficient to address the challenges that Kosovo is facing, such as the high rate of unemployment, high deficit in the trade balance and the inappropriate economic structure. During 2007 Kosovo had an increase of GDP by 3.5% and it is clear that Kosovo needs a higher degree of economic growth in order to address the challenges it faces. The trade deficit remains high whereas exports are minor due to limited production capacities for export and the inability to compete with the competition. The coverage of imports with exports still remains very low, around 8%. Based on the statistics of 2005, most of the companies registered in Kosova were concentrated in the trade/services sector (about 50% of all companies), transport and communication (10-14%), hotels and restaurants (8-10%), and construction (4-5%). The participation of production enterprises in the general number of registered enterprises was between 8% and 9%. Unemployment rates vary from about 30% (IMF, 2004) to about 40% (SOK, 2006). The largest participation in the labor market in Kosovo, by over 40% is composed of youth, between the ages of 16-24. About 28,000 new employment seekers enter the labor market on a yearly basis.

Economic integration of the world by means of exchange of goods and services, licenses and knowledge, export of capital and economic-technical as well as financial cooperation

* Associate Professor, Ph.D., Department of Economics, Faculty of Economics, University of Pristina, Kosova (myrvetebadivuku@yahoo.com).

** Assistant Professor, Ph.D., Department of Economics, Faculty of Economics, University of Pristina, Kosova (e-mail: mihane_berisha@yahoo.com).

represents one of the main characteristics of modern economy. Reality shows that all EU member states, within the framework of this cooperation, have achieved considerable results and have benefited in every area of life. Therefore, economic interest should serve as the key incentive for countries of Western Europe, Central Europe, Southeast Europe as well as the Balkans countries, which would bring benefits for all those that cooperate, also Kosovo, as part of the Balkans which aims to become part of the EU. The abandonment of the national currency and adaptation of another currency as in the case of Europe in the Eurozone is not a process that has taken place without the feeling of having lost sovereignty by each state separately in the process of handing over this attribute toward European unilateralization. The beginning of 2009 marks the 10th anniversary of Euro, the currency that accession of the economic and financial policies of hundreds of millions of Europeans. The countries that have the Euro now enjoy a larger and safer market with less risk of devaluation and inflation. Euro currently represents the largest currency in Europe and it is among the strongest currencies in the world. Euro provided Kosovo with a stable monetary environment; it alleviated economic transactions with the key Kosovo trade partners etc. However, it also provided a cost for the Kosovo economy such as loss of seigniorage income, loss of sovereignty over the monetary policy. However, the costs may be considered acceptable compared to the advantages that were brought to the Kosovo economy by the introduction of Euro.

1. Central Banking System in the European Monetary Union

Lawmakers in the European Parliament were the first in the EU that had promoted the single pan-European currency in the 1960's. The road toward launching was long, while the European countries hesitated to exchange their national currencies with an untested currency. In December of 1991 leaders of the EU countries signed a historic treaty in the city of Maastricht, Holland, which aimed toward monetary unification in Europe. The Maastricht treaty strategy for moving toward the monetary union in Europe was based on two principles. Firstly, the transition toward the European monetary union was seen as a gradual step that would extend for a period of several years. Secondly, entry into the Union was conditioned with meeting the convergence criteria¹. Technically the monetary union commenced on the January 1st 1999. This was the moment when Euro started to exist and when the European Central Bank assumed control over central national banks. However, as of January 1st 1999 until December 31st 2001, euro existed only in bank passbooks and not physically. The complete monetary union started to exist on January 1st 2002, when Euro also started to exist in the physical form (banknotes and currencies) and when they moved away from using the national currencies.

After the adaptation of Euro as their sole currency, the EU member states that are part of the Eurozone have abandoned their monetary sovereignty. Therefore, the Eurozone institutions have been established with the Maastricht treaty whereas the monetary policy has been entrusted to the Eurosystem. The Eurosystem is composed of the European Central Bank (ECB) and the National Central Banks (NCB) of the EU countries that have joined the European Monetary Union (EMU). Initially, in January 1999, 11 EU member countries joined the EMU (Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg, Holland, Ireland, Portugal, Spain, Austria, Finland), Greece joined in 2001, Slovenia in 2007, Cyprus and Malta in 2008, Slovakia in January 2009, whereas the Eurozone now contains 16 member countries.

¹ Committee on studies of Economic and Monetary Union (1989)

2. Costs and benefits of the joint currency

It is worthwhile noting that the central national banks, although part of the so-called Eurosystem, cease to undertake independent decisions on monetary policies and the exchange rates. They are there to implement the decisions undertaken by the ECB. In other words, in the complete monetary union, the central national bank either ceases to exist, or it has no real power. This means that the country that joins the monetary union will not be able to change the price of its value (with devaluation and evaluation), to determine the quantity of the national currency in circulation, or change the short-term interest rates.

It is known that various countries have various norms of economic development. Countries that usually have problems with trade balances, if they join the monetary union, would not be able to cover the deficit in the trade balance by means of devaluating the national currency, in order to make products of that country more competitive in the external market. Countries also differ due to the fact that they have different fiscal systems. These differences often compel countries to use various combinations of financing the budgetary deficit. The budgetary deficit may be financed by borrowing and emitting currency or by increasing the inflation. Therefore, countries with less developed fiscal systems, compared to the other countries of the monetary union, will face a higher cost of increasing revenues by increasing the tax norm even though it would be more favorable to increase revenues by means of inflation. However, by joining the monetary union, in case of countries with a lower inflation rate, which they have to respect, they have to increase taxes, or allow their deficit to increase furthermore.

However, utilization of the joint currency brings important benefits to the Eurozone countries such as:

- Decreasing the cost of transaction of member countries
- Improving the allocation efficiency of the price mechanism
- Higher price transparency has an impact on the increase of competition, by which means the consumer benefits
- Stimulation of integration in the other fields (financial, institutional, political)
- Positive impact on the trade flow within the Union.²

Elimination of the transaction cost toward another currency surely represents the most noticeable benefit from the monetary union. These costs diminish when the countries utilize the common currency. Information in various countries demonstrates that about 5% of bank revenues are fees that are paid to banks during the exchange of national currencies. Therefore, these costs diminish upon joining the monetary union.

Utilization of the joint currency brings greater price transparency, meaning that the consumers can see the prices in the same currency and make comparisons, which has an impact in the increase of competition and greater benefits for the consumers. Lower transaction costs and greater transparency, according to many supporters of Euro are considered two greatest benefits of using the common currency.

It is known that economic agents base their decisions related to production, investments and consumption on information that is provided to them by the price system. If the prices are uncertain, the number of decision for the above purposes will decrease, meaning that the price system becomes an indicator for undertaking the right economic decisions. Therefore, with the utilization of the joint currency, which as a precondition requires adherence to many criteria

² Paul De Grauwe, *Economics of Monetary Union*, 2003, page 77.

defined by the ECB, the risk of inflation decreases and this provides a signal for the individuals to undertake decisions on production or investment.

The existence of the joint currency also stimulates integration in the other fields, whether financial, institutional or political. And, surely the existence of the joint currency stimulates greater trade cooperation within the framework of the union countries.

The beginning of 2009 marks the 10th anniversary of euro, the currency that approached the economic and financial policies of hundreds of millions of Europeans. With the joining of Slovakia, which undertook the status of the 16th Eurozone member, now Euro is used by 330 million people with a GDP of more than 4 billion Euros. Euro countries now enjoy a larger and safer market with less risk from devaluation and inflation. Euro is now the largest currency in Europe and among the strongest currencies in the world. The EU Commissioner on monetary issues, Joaquin Almunia, made a positive balance of the utilization of Euro since the initial moment of its utilization until today: "Because of Euro, the European Union and in particular the Eurozone today is a very integrated economic zone with a high trade volume, with many opportunities and effective markets. Euro provides protection against international monetary turmoil and has led toward the decrease of inflation".³

While the chief of the European Central Bank, Jean-Claude Trichet, speaking to the European Parliament, stated that the decline and the banking crisis have demonstrated the weaknesses of Euro, by stating that "If we were not to have a joint currency, then we would be unable to act expeditiously and efficiently". According to him "In times of turmoil it is better to be in a single larger and more sustainable ship than in a small boat".

It is worth noting that now in the wave of financial crisis; those who have resisted the Euro, such as Denmark, Sweden and even the Great Britain are starting to reconsider their contradiction. Some EU countries, outside the Eurozone, such as Lithuania and Hungary have seen their national currencies decrease in value and were forced to request international funding in order to save their economies. Whereas Iceland, which is not a member of the EU, is also keen on joining the 27 member block and will apply for the utilization of Euro.⁴ Therefore, the low inflation, inexistent currency risk, low transaction cost and greater transparency have made the Euro a success. Moreover, according to Professor Michael Boskin from Stanford University, Euro could soon serve as an alternative currency to the American Dollar, or even replace it in the world markets, as a strong currency supported by the competency of the European Central Bank in terms of inflation control.

3. Establishment of the Central Bank of Kosovo (CBAK)

The Banking and Payments Authority of Kosovo (BPK) was established by UNMIK in 1999 in order to supervise the implementation of the monetary and financial structure, in order to ensure an efficient and safe system of payments, and in order to support the development of a sound financial sector in the territory of Kosovo. Initially, in November of 1999, the most important objectives of BPK were the supervision of the banking sector and the conditions of payment services, which included the supply of a sufficient quantity of banknotes and currencies. Later on the role of BPK increased and broadened, including the licensing, supervision and regulation of all financial institutions (along with insurance and pension funds). In August of 2006 the Special Representative of the Secretary General (SRSG) signed a new regulation by means of

³ <http://www.kohajone.com/artikull.php?idm=24955>

⁴ Newspaper "Koha Dotore", January 14 2009, Prishtina, page 37, according to: AP, January 13 2009, Strassbourg

which the Banking and Payments Authority of Kosovo (BPK) was transformed into the Central Bank of Kosovo (CBAK). The key objectives of CBAK according to this regulation are to:

- stimulate safety, the ability of payment and efficient functioning of a stable financial system based on the market, by encouraging the entry into the market of safe financial instruments, and

- support the general economic policies in Kosovo, with the aim of contributing to the efficient distribution of resources in accordance with the open market economy principles.⁵

With the entry into force of the Constitution of the Republic of Kosovo on June 15 2008, the Central Banking Authority of Kosovo has been transformed into the Central Bank of Kosovo (CBAK).

After the conclusion of the conflict in 1999 in Kosovo, bearing in mind the great urgency for the availability of cash and the removal of the Yugoslav Dinar as a means of transactions, it was not surprising that in September of 1999, by means of one of the first regulations "On the allowed currency in use in Kosovo", UNMIK made the use of the German Mark as well as other foreign currencies in Kosovo official. In fact it was the Kosovo population that had adopted the German Mark as its joint currency. The UNMIK Regulation merely identified the German Mark as the currency with which budgets, financial information as well as the accounts of public organizations, agencies and institutions, as well as the accounts of UNMIK itself were established. Concurrently, this regulation provided the parties with freedom to nominate such a transaction in a currency that is generally accepted by them in carrying out any contract or transaction.

The German Mark was unilaterally adopted as a de facto legal currency in Kosovo, and there were no negotiations with the Bundesbank or the European Central Bank at the time. The adaptation of the German Mark and subsequently the adaptation of Euro was not a coincidence. It followed two decades of extreme monetary inconsistency, coupled with a high rate of unofficial use of the German Mark as a reserve currency and means of exchange in Kosovo. In the period before the conflict, the German Mark was the most widely used currency in Kosovo. The population was familiar with this currency. Remittances from the Kosovo Diaspora had caused a regular and considerable movement of funds into Kosovo for several years. Almost all of these revenues were in the form of physical cash. After the conclusion of the conflict, due to lack of banking services in Kosovo, most of the direct foreign assistance in Kosovo was also carried out in the form of physical cash.

At the time when the United Nations assumed the administration of Kosovo, the adaptation of the monetary structure based on the utilization of the German Mark appeared as a natural selection. The utilization of a stable currency had great importance in the maintenance of macroeconomic stability and played a key role in the reestablishment of people's trust in the financial sector. It was also ascertained in order to ensure considerable support for the development of a strategy that was managed abroad, which was a necessity, bearing in mind the size of the internal market.⁶

4. Adoption of Euro in Kosovo

When at the beginning of 2002 the replacement of inherited currencies into Euro was conducted in the Eurozone countries, it was also necessary to replace the German Mark in Kosovo. The BPK was entrusted with the management of this project with the aim of ensuring an

⁵ CBAK-Central Banking Authority of Kosovo, Annual Report 2007, page 86

⁶ Fifth conference of the Bank of Albania, 24-25 March 2005 (Michel Svetchine, Experience of Kosovo with the Euroization of its economy), page 251-253

undisturbed and safe transition toward Euro, and eventually with the lowest cost possible. The unlimited support in this project from UNMIK and EU ensured the necessary and strong assistance in the amendment and endorsement of the basic legislation. The legalization of its widespread use and the transition toward Euro was carried out in cooperation with the European Central Bank as well as some central national banks in the Eurozone. The special circumstances that the Kosovo authorities were facing presented numerous challenges in the preparations for the withdrawal of the German Mark and the injection of Euro. The high level of orientation toward cash in the economy meant that there was no direct method to assess the volume of the German Mark that was in circulation, and consequently, its distribution according to denominations.

CBAK always tries to implement financial policies, which will in a near future be part of the system of the European Central Bank (ECB). Euro is an official currency in Kosovo since February 2002 but Kosovo is not member of Eurozone since as a precondition for a country to get included in ECB, as well as in Euro System is joining of such a country into the European Union (EU). The fact that ECB monitors and supervises the flow of money, transfers, payments, and loans in Kosovo means in a way that CBAK is member of ECB although by not having equal rights (for example it has not the right to emit money). In addition to Kosovo, there are some countries, such as Andorra, San Marino, Monaco, Vatican, Montenegro etc. in which Euro is in use as official currency, but these countries made a consensual or unilateral Euroization and therefore they do not have rights and obligations that member's state EMU has. This means that Euro should be announced as legal currency in Kosovo, although Kosovo has not become part of EMU. But one-sided Euroization will not be a possibility for side-skipping foreseen steps by Tractate for adoption of Euro.

Main characteristics of Euroization or joining to a monetary union are the following:

- Renunciation of monetary sovereignty. Monetary policies, including the human resources for realizing this policy and used strategies and instruments become European.
- Monetary union is realized to last for a period of time. Turndown of such a decision would have an unimaginable economic and political cost.
- Eurozone differs from all other monetary zones, which are usually defined as a zone of a solely sovereign country. Although they have a common monetary policy, Eurozone members states follow decentralized policies when dealing with fiscal matters, such as budget, tax and social policies. This would mean that a country protects independence in drafting and realizing fiscal and budgetary policies but it does this within a certain frame of limitations set in Treaties (such as size of budget deficit and of general debt and of limitations in direct financing the deficit by monetary authority.⁷

5. Kosovo's benefits from Euro

a) Support to financial sector development

Euroization supported the development of the Kosovo Financial Sector, which had to be established from scratch after the conflict. Initially, there were no banks in Kosovo and all transactions were practically carried out in cash. For nearly two years the sole financial entity in Kosovo was Micro Enterprise Bank (MEB), which was specialized in micro-loans. However, two other years show an explosive development of the banking sector in Kosovo. During the period of March – November 2001 six (6) banks were established, which created the necessary competition in this sector.

⁷ <http://www.kohajone.com/artikull.php?idm=12077>

In 2002 and 2003, seven trade banks in Kosova got significantly enlarged. Bearing in mind the low level of economic development in Kosova and negative experience with the banks in the past, the Banking System in Kosova is characterized with great participation of foreign banks. Domination of foreign banks is evident with regards to their number and the entire participation with funds in the banking sector. In 2007, foreign banks represented seven (7) of nine (9) commercial banks that operated in Kosova which make up 90.9% (71.3% in 2006) of overall funds in banking sector. It is imported to be pointed out that the Banking sector in Kosova is continuously widening its activities. This is shown through continuous increase of contribution to Gross Domestic Production (GDP). The participation of the Banking sector Funds to GDP has increased to 58.5% in 2007, from 49.0% in 2006. The Banking sector Funds has achieved an amount of €1,4 billion in 2007, which represents an increase of 23.5% compared to 2006. In volume, loans were increased to 40.0%, and were financed mainly by the increase of deposits. It is characteristic to point out that allocated loans to economic section have increased their participation from 54.8% in 2006 to 62.2% in 2007. Of a total amount of allocated loans by the Banking sector, 22.5% were absorbed by households, which present a lower participation comparing with regional states (41.9% in the region in 2006). Low level of allocated loans to households is mainly due to a high level of unemployment and low salaries. It is to be mentioned that all banks in Kosova achieved to meet, and large part of them exceed minimal amount of required capital of € 5 billion by bringing it in line with EU Instructions.

b) Reduction of physical cash in circulation

Reduction of physical cash in circulation was one of the main objectives of the CBAK. This change ensured a unique possibility in order to achieve this objective and, at the same time, helped in consolidating the Banking System. The CBAK planned to exchange family amounts up to DM 1,000 for each person free of charge, and levied a tariff of 2% for amounts between DM 1,000 to 10,000. This was also the maximal allowed cash amount for exchange. Amounts exceeding DM 10,000 had to be deposited in Euro as bank deposits.⁸

Introducing maximal limits on exchanged amounts and determining clearly the final term of double circulation of currency encouraged very much holders of cash to deposit their money in banks instead of risking by not exchanging their funds in due time. This strategy was stimulated by banks, which had already improved and increased their services in order to attract new clients to open bank accounts. Implementation of this project was not that simple and it was followed by some problems. The greatest problem certainly was the continuous lack of trust in the banking system. In earlier times, trade banks of Kosova had only 24 offices at their disposal, while CBAK was operating through a network of 23 offices, of which more than a half were small local agencies, which opened only during limited working hours, and seven (7) mobile groups of banks. However, a three months period, prior to replacement of cash currency, had marked an increase of about € 300 million in bank deposits. The amount of deposits in the banking sector in 2007 reached to € 1.14 billion, which was 23.5% more than in 2006.

Introducing Euro in circulation was completed successful in 28 February 2002. So, as of this moment Kosovo economy got "Euroized" completely and efficiently. Euroization is often defined as adoption of Euro to be a legal and official currency by a country outside the Eurozone. This means that Kosova does not maintain independent monetary policies and it also does not control interest rates. It is a country that has accepted Euro as its own official currency but it is still not member of the European Monetary Union.

⁸ Ibid, page 256

c) Monetary stability

At the time when Kosova had chosen Euro, annual inflation was over 40%. Its official currency (Dinar) was completely devaluated and its use was almost inexistent. UNMIK was not simply replacing a national devaluated currency but was placing a healthy monetary foundation necessary for economic, social and political reestablishment for the coming years.

Inflation in Kosova did not disappear immediately after introducing the DM and later Euro. In 2000-2001, Kosova marked double digits of inflation in spite of being helped by foreign donations and private revenues. As a result of this, inflation was evidently deferred and it is currently under the Eurozone inflation percentage. Certainly, there are other contributory factors in addition to Euroization, such as, for example, high level of unemployment and low economic activities. In 2007, inflation in Kosova reached 4.4%, which was much higher than in 2006 (0.6%). The reason for this lies in the global increase of oil prices, which affected the increase of other prices, especially of food items in Kosova.

In general, adoption of Euro as a national currency established monetary stability in Kosova. Risk of devaluation of the national currency disappeared. KCB, which acts as a fiscal agency to local administration, does not take exchange risks while administrating official reserves. These reserves are being invested mainly in Eurozone countries, in central banks and financial institutions. In the same manner, Euroization in Kosova has hindered the possibility of having double norms of exchange of currency, legal and informal. This in fact should lead to a lower cost of borrowings and to an increase of investments, encouraging improvement of economy and social welfare.

Compared to differences of norms of inflation between Kosova and Eurozone, interest rates of loans in Kosova remain higher. Interest rates of loans move around 9 to 14% and are higher than in most parts of countries in Europe. According to KCB data, interest rates of loans in general in 2007 stopped at 14.63%, which shows a decrease of 10 basic points comparing to 2006. In the meantime, norms of deposits in 2007 have reached 3.61%, which shows an increase of 34 basic points compared to 2006.

d) Reduction of transaction costs

Introducing Euro simplified and greatly reduced transaction costs, especially when taking into account importance of trade within the Kosova economy. Neighboring countries (Republics of the former Yugoslavia) and some European countries remained main partners of Kosova Trade. However, the Euro, similarly as the German Mark (DM) prior to 2002, is widely used in the region. High deficit of trade balance keeps being a great challenge for the economy of Kosova. High import rates have and an impact on the trade deficit in 2007 which was at €1.4 billion (45.4% of GDP), while coverage of imports with exports was merely 9.3%. As in previous years, the deficit was mainly covered by remittances of Kosovans working abroad and by the donor sector.

e) Macro-economic stability

Euroization in Kosova also had some long-term policy objectives. It is expected that Euroization in Kosova will take care of economic stability, and will solve the problem of credibility as well as mainly improve the fiscal discipline by eliminating the possibility of emission of money in order to cover budgetary deficits. Following a long period of time, when other conditions are met, all these factors should have an impact in attracting direct foreign investments for Kosova. Also, it was thought that joining a strong international currency shall result with a reduction of interest norms, by making investments more attractive, which would result positively by developing the local economy.

6. Euroization costs for Kosova

Although Euroization, as outlined above, had a positive impact in Kosova's economy, it also created costs. However, such costs may be considered as resistible compared to its advantages. The following are considered more evident costs to Kosova's economy:

a) Lost of seigniorage incomes

Seigniorage means incomes benefited by difference created between nominal value of emitted money and real production costs of such emission. In the case of one-sided introduction of Euro, countries shall lose the right to benefit of seigniorage incomes because they do not represent any more an emitter of official currency being used in the country. It is known that budget surplus may be financed by taking loans and by emitting money or by increasing monetary basis (by increasing inflation). When a country joins a monetary union, it should naturally maintain the inflation norm within limits determined by the Union. Hence, if less developed countries join a union of more developed countries then they have to reduce their inflation norms since developed countries maintain a low inflation.

b) Loss of sovereignty over monetary policy

Adoption of a currency by a country, which is different from the national one, makes the Central Bank of such a country not to maintain its monetary policy since in this case this function shall be transferred to the European Central Bank, which is responsible for keeping stable prices in the Eurozone. But, some years ago, the CBAK had initiated a dialogue with the European Central Bank, which resulted in signing a Memorandum of Understanding (MoU) concluded between these two institutions. By means of this MoU the CBAK was exempted of a part of financial obligations dealing with transportation of Euro banknotes and currencies in circulation in Kosova.

c) Loss of "regulative powers" of national policies

Countries that apply completely free currency exchange rates and do not belong to the monetary union have the possibility, based on their policies, to devalue their currency in order to generate possible benefits based on the expansion of trade. When a country faces loss of competitiveness of the local products, then it will, through devaluation of local currency, influence in increase of competitive capabilities of local products by creating possibilities to increase exports.

Conclusions

Finally, it may be concluded that if use of Euro has not solve all financial problems in Kosova and if the use of Euro has created limitations in managing an independent monetary policy, its advantages are undoubtedly greater than compared to weaknesses as the use of Euro has influenced the stability of the financial sector in Kosova. Therefore, the Banking sector is the sector which has mostly attracted foreign investors, and it is still the most successful investment sector in Kosova. Currently some strong international banks are carrying their activities in Kosova, and as such they present a basis of banking and financial sector development in Kosova. In general, insurance companies are also secure and they are all solvent. Their financial strength is different, depending on their business success.

Interest rates for loans allocated to citizens and businesses are still considered to be high. They are higher than those applied in regional countries and Europe, but we think that by introducing new banks in the market and based on growth of competition within the banking sector, and especially following new circumstances created after Kosova got its independence and

got internationally recognized, after which it is expected for CBAK to become a member of the international financial institutions, such as the World Bank and International Monetary Fund, interests rates will be further reduced. In addition to support given to the development of the financial sector, adoption of Euro as a national currency also created monetary stability in Kosova. The risk of devaluation of the national currency disappeared. By introducing Euro transaction costs were simplified and decreased evidently, especially bearing in mind the importance of trade, concretely importance of imports for the Kosova economy. In the future, it will be expected for Euroization to have a positive impact on macroeconomic indicators.

Greater costs for Kosova economy from Euroization are considered to be the following: Loss of income of seigniorage, loss of sovereignty over the monetary policy and loss of “regulative power” of national policies.

References

1. CBAK- Central Banking Authority of Kosovo, *Annual Report 2007*, May 2008, Prishtina
2. Euro - *Gateway to the European Union*. 1 Feb. 2006. European Union Association of Euro. 2 Feb. 2006
3. European Central Bank (February 2006), *the European Monetary Policy of ECB*, 5 Feb. 2006
4. Gazmend Luboteni, (2006), *Bankat dhe afarizmi bankar*, Prishtinë
5. Ganev, G., K. Molnar, K. Rybinski and P. Wozniak, "*Transmission Mechanism of Monetary Policy in Central and Eastern Europe*", Center for Social and Economic Research, Warsaw, CASE Report 52
6. Institut Društvenih Nauka, *Ekonomija i Sociologija (2007)*, Beograd
7. Institute for development research - Riinvest, *Socio-economic situation in Kosovo (September 2008)*, Prishtina
8. Koha Ditore, 14 January 2009, Prishtina, according to: AP, 13 Janary 2009, Strassbourg
9. The fifth conference of the Bank of Albania, 24-25 March 2005 (Michel Svetchine, Kosovo Experience with Euroization of its economy)
10. Michael Boskin (28 January 2009), *Ten years of Euro and the financial crisis*, "Koha ditore", Prishtina
11. Orlowski, Lucjan T. 2005. *Monetary Convergence of the EU Accession Countries to the Eurozone: A Theoretical Framework and Policy Implications*. Journal of Banking and Finance
12. Paul De Grauwe (2003), *Economics of Monetary Union*, University of Leuven, Belgium
13. Government of Kosovo, *Ministry of Economy and Finance (2008)*, Budget of 2007, Prishtina
14. R.L.Miller & D.D.Van Hoose (1993), *Modern Money and Banking*, McGraw-Hill,
15. R.Dornbusch & S.Fischer (1994), *Macroeconomics*, McGraw-Hill, New York
16. Salvatore, Dominick (2004), *Restructuring and Euroization in Accession Countries*
17. The History of the European Union (January 2006), Pioneers of European Unity
18. Vinay Bhargava, *Global Issues for Global Citizens*, The World Bank, Washington D.C. 2006
19. Xheladin Shatku (2004), *Paraja dhe aktiviteti ekonomik*, Vatra, Shkup
20. [Www.kohajone.com/artikull.php?idm=24955](http://www.kohajone.com/artikull.php?idm=24955)
21. [Www.ec.europa.eu/justice_home/unit/charter/index_en.html](http://www.ec.europa.eu/justice_home/unit/charter/index_en.html)

INFORMATION ECONOMICS, INSTRUMENT OF ANALYSIS IN NEW MICROECONOMICS

Maria Zenovia GRIGORE*

Abstract

In the New Microeconomics the walrasian postulate of perfect information is replaced by two theorems concerning production of information: 1. the acquisition and dissemination of information raise production costs; 2. the specialisation in information activity is efficient; there are specialists in the production or use of information. Information economics or the economics of information studies decisions in transaction where one party has more or better information than the other. Incomplete and asymmetric information could generate two types of risks: adverse selection, which can be reduced with signaling games and screening games, and moral hazard, studied in the frame of agency theory, by the principal-agent model. The principal-agent model treats the difficulties that arise when a principal hires an agent to pursue the interests of the former. There are some mechanisms that align the interests of the agent in solidarity with those of the principal, such as commissions, promotions, profit sharing, efficiency wages, deferred compensation, fear of firing and so on.

Keywords: *information economics, adverse selection, signaling theory, moral hazard, principal – agent model*

Introduction

For a long time the sole economic representation of enterprise was provided by neoclassical model. Identified with a perfectly rational entrepreneur, the firm was reduced to the function of production and mechanically adapted to its environment. Reconsidering some hypotheses of this model (the lack of strategic interactions between agents, not considering the asymmetry of information and costs of transaction, the enterprise being considered a “black box”) led to renewing instruments of microeconomics analysis. This concerns game theory and information economics, which have as an objective the study of individual behaviour, integrating strategic interactions and informational flaws and preserving the traditional hypothesis of rationality.

Studying asymmetries of information with the help of game theory allows examining numerous problems neglected by traditional microeconomics, such as: advantages which can be obtained by more informed agents, the manner of markets’ functioning in the conditions of information asymmetry, loss of resources involved by the functioning of these markets etc.

This paper’s objective is to contribute to a better understanding of such problems and propose several manners of reducing risks generated by the information asymmetry.

Literature review

Adverse selection was first studied by G. Akerlof (1970). After this date were effected numerous analysis of models concerning incomplete and asymmetric information structures, the most significant are those of M. Spence, who proposed the idea of signaling as solution to adverse selection, and J. Stiglitz, who pioneered the theory of screening.

* Lecturer Ph.D., Economic Sciences Faculty, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: mgrigore@univnt.ro).

Moral hazard is studied in the frame of agency theory. First model of this theory was elaborated in 1976 by M. Jensen and W. Meckling. Ulterior researches focusing on reduction of moral hazard were concretized in thoroughness, generalizations and extensions of initial model.

The present paper analyses main concepts, models and solutions of information economics.

Information economics, instrument of analysis in new microeconomics

Information economics studies the behaviour of rational agents when the information is costly to obtain. In practice there are many markets where obtaining correct information is difficult: labour market, where employers could not a priori know the employees abilities, insurance market, where the insurer could not know the real status of good or person insured etc.

Models of economics information are, in their majority, models of partial equilibrium (the analysis is focused on one market, isolated by the rest of economy, on which a good or two are exchanged) and describe the interactions of a small number of agents, most often two, from whom one holds a private information and the other has no access to it and will be named uninformed party.

The New Microeconomics replaces the walrasian market with contract concept. A contract is a certain promise made between the two parties, in which are stated their obligations in any possible situation. The party that suggested the contract is named **principal**, and the contract acceptor is named **agent**. The principal and the agent can be individuals, organizations, institutions.

The agent accepts the contract when the obtained utility as a consequence to signing it is larger than utility obtained by not signing it.

The situations in which one of the two parties has an informational advantage above the other make the object of three types of models. Thus, we are in the situation of **moral hazard** when the principal could not observe the agent's action, in which case the solution is providing good incentives for agents in contractual clauses. The situation of **adverse selection** supposes that, before signing the contract, the agent holds relevant information to which the principal has no access. In this case the principal may propose to the agent several alternative contracts with the purpose of observing information by choosing a certain contract. In the situation in which one party holds important information and it transmits to the other party by using certain signals we therefore handle signaling **models**.

1. Risk of adverse selection and signaling models

The term of adverse selection or adverse selection designates a negative effect of market functioning owed to some asymmetric information.

For example, when buyers could not observe the quality of good they wish to purchase, sellers have the interest to overestimate the quality of products for selling at the highest price possible. Buyers could not trust sellers' declarations and could not develop the idea that a higher price means a better quality. In such conditions, sellers of good quality products with higher price value are found in the impossibility of selling product to their real price, for the buyers doubt their quality.

The problems of adverse selection appear when one of the participants to exchange could not observe any characteristic of exchanged good. Information is thus incomplete and asymmetric. In such conditions, the competitiveness mechanism of neoclassical theory is no longer efficient. The price does not constitute a perfect signal of good value, for at the same price we obtain goods of different qualities. Such a thing has ill-fated consequences not only upon buyers, but also upon

sellers of good quality products, which can not signal the quality of their products free and credible. There are still mechanisms which can improve market functioning when the goods quality is imperfectly observable: signaling (the informed party takes initiative of revealing private information) and screening (when the uninformed party takes the initiative).

The adverse selection was studied for the first time by G. Akerlof (1970), which showed, starting from second-hand cars example, on what point a market can function less satisfactory in the absence of a mechanism to allow the informed party signaling the quality of goods it sells. The author started from the very simplified hypothesis that second hand car sellers could be classified in two categories: good (who sell satisfactory condition cars) and bad (who sell cars with serious problems). The possible buyers, without technical competence, are unable to appreciate the status of a car and, thus, choosing between good and bad vendors.

They are found facing a “moral hazard”. If the possible buyers are absolutely unable to distinct between good and bad occasions, it will be established a sole price of equilibrium for all occasion cars, corresponding to a medium price of bad cars. This thing would not satisfy good vendors and might lead to the collapse of the market.

Good vendors can then choose to transmit a signal to buyers, adopting an activity which bad vendors would not have the interest to follow, for proving to be expensive for them. An adequate signal is therefore expensive, and the cost is bigger with the low quality of car. This signal could provide a guarantee which time and length (spare parts, workers and cost of vehicle damage) will be settled to establish “separation equilibrium”. This expression marks the fact that the signal was constituted such that bad vendors will not have the interest to express, for a buyer can choose with efficacy between them and good vendors.

Another possible solution, in which cost will be assumed by the buyer, is to use the services of an expert to issue a quality permit over the car. Though, a positive notice of the expert does not involve the certainty of a good car.

G. Akerlof's model could apply to numerous situations. He shows the *laisse – faire* has many negative consequences: eliminating quality products and even the absence of exchange. In this frame of happenings, a regulation to assure total or partial revelation of information or to institute efficient procedures against bad quality product sale, allows improving market functioning.

Insurance market constitutes a privileged frame for studying information asymmetry issues. Also, the term of adverse selection comes from insurance theory. Anti-selection phenomena appear in the situation in which insurance companies do not know the real characteristics of each insured objective. For example, in the case of drivers insuring, the insurers could not observe the “quality” of each insured driver.

The insurance market status is different by the market of second-hand cars, thus the insurance contracts are more complex than the regular sale-buy contracts. The insurance contract stipulates two prices: a price paid by the insured for contracting the insurance policy and an indemnity paid by the insurer if yielded a risk foreseen in the insurance contract. Generally, the contracts foresee a franchise, which means the indemnity is smaller than the value of damage. In certain cases, this allows insures to separate agents with high risk from the ones with low risk.

Revealing information in the frame of separation equilibrium does not allow generally reaching an optimal situation, thus impossible for the insurers to suggest the agents with low risk a contract with same advantages as the one obtained in the situation of symmetrical information. Such contracts, which stipulate a 100% indemnity and a relatively low fee, would be chosen by high risk agents. *Id est* revealing information involves a cost. If separation equilibrium exists, high risk individuals are perfectly insured (an optimal situation is registered), while individuals with low risk, which can not be immediately identified, receive a utility degree inferior to optimal.

Information asymmetry concerning the type of agents leads to anti-selection, ill-fated for “good” agents.

A well-known example of signals belongs to M. Spence (1974), first author who studied this matter in a systematic manner. His studies aimed for signaling work productivity through the level of studies.

In the simplest model of M. Spence, productivity of workers can be of two types: low or high. They know their level of productivity or at least know more about it than employers. If individuals could not be identified based on their level of productivity, they will be remunerated the same. It is obvious that those who have a high productivity will wish it to be known, for, contrary, remuneration is inferior to value of marginal production. Employers also have the interest to know this information for it is impossible to identify those with low productivity, who receive remuneration higher than their marginal production.

We suppose some workers have a superior study level (more scholar years, more difficult training courses etc.) and this level is observable and ascertainable. In such case, employers can deduct individuals’ productivity from the level of study and education can constitute then a signal of productivity. Those who have a superior level of study can be considered with high productivity, and those with lower level of study considered with a weaker productivity and paid with a lower salary.

For this reasoning to be correct, two conditions must be fulfilled. First of all, workers with low productivity must not want or are unable to reach the level of studies which is a signal of high productivity. If such **restriction of auto selection** does not exist, workers with weak productivity will reach a level of study equal with the level met at workers with high productivity, and the signal would not transmit any information. Second restriction of auto selection is the failure in obtaining a certain level of studies to signal with accuracy that the individual is not very productive.

For these two conditions to be fulfilled, the education should (reaching such level of studies) have a lower cost for individuals with high productivity than for individuals with weak productivity. This indicates the fact that there is a level of study for only the competent are willing to reach. The less competent will refuse to support the costs, despite the warrantee of productivity this level of study offers and the perspective of higher salaries. Another presumption is that individuals with high capacity for learning, therefore more productive easily obtain diplomas, which implies lesser costs. Also capable individuals, contrary to other individuals, are certain of their future efficacy if facing high responsibility jobs. “Good” individuals are therefore prepared to invest in education more than other individuals, who are not certain of future effective power of diplomas. From this standpoint, obtaining a diploma and investing in education represents a manner of quality signalisation towards employers. In this perspective, the role of education is not of training individuals for being more productive, though to select them for allowing intrinsic quality signalisation.

The signaling theory is also applicable in other domains than labour market. For example, the expensive publicity constitutes a signal of productivity, financing by bonds a signal of firm profitability, aggressive discount pricing a signal of owning an important market share and so on. Also, the signaling theory explains why firms choose to pay dividend, known being the fact of the shareholders income will be taxed, instead of retaining profit inside the firm, favouring shareholders by increasing income and, implicitly, increasing shares’ values. The explanation is given by dividend pay constitutes for market a favourable signal, which leads to value increase of shares market value which compensates loss resulted through supplementary dividend taxation.

Besides signaling, screening represents a second method for decreasing the risk of adverse selection. For the uninformed party, this method consists in inducing the other parties to reveal

their information. In the area of wages, screening can be achieved depending on age, experience or employees intend to remain in company for a long period. The contract proposed by the employer must be attractive only for categories of workers that the company wants to hire. If the company pays relatively low wages initially and after a time spent in undertaking wages higher than the market, this allows screening of candidates, because only those who intend to remain in business will be attracted by such an employment contract. Also, low wages offset initial costs of training workers.

Another way of screening employees consists in their pay by a fixed salary plus a percentage of sales achieved. Those who know that sales depend on the performance will choose contracts with a lower fixed salary but high commission. Instead, those projected the prospects of an increase in sales are limited will take an opposite decision.

Generally auto-selection eliminates information asymmetry, but the cost may be high and it is possible that some business opportunities are missed because of restrictions on incitement.

In conclusion, if individuals are able to send signals, the results obtained in pure adverse selection (no signal) should be reviewed. Asymmetry of information is represented by the impossibility of uninformed party (the buyer) to see the quality of goods or services supplied by the informed party (seller). The seller may send signals that require a certain costs. After the signal observed, the buyer proposes a contract that the seller accepts or refuses. Contracts may provide more terms: a price and a higher signal.

This market resembles those described in previous examples. The only difference is that agents have an information advantage to decide whether to send a signal before they have proposed a contract. There may be two different types of equilibrium: pooling equilibrium and separating equilibrium.

In a pooling equilibrium, the two types of sellers send the same signal or not send any signal. In this case all goods are sold at the average price, regardless of their quality.

In a separating equilibrium, sellers of good products send an expensive signal and perceive a relatively high price, while sellers of bad products do not send any signal to sell at a lower price. It is noted that, as in the case of symmetric information, only the best are disadvantaged (bear a cost by signaling their quality) and may be even more disadvantaged if they can not send signals. Sellers of products of poor quality do not emit signals and thus obtain the same income as with symmetric information.

The overall conclusion of adverse selection models is that the "best agents" are always disadvantaged by information asymmetry. Mechanisms of competition are so ineffective when the equilibrium is not a Pareto optimum, but a second best optimum, characterized by loss of resources (P. Cahuc, 1998).

2. Moral hazard and principal - agent model

Moral hazard arises when an agent (a seller, a consumer, an employee and so on) has a tendency to act inappropriately (from the others viewpoint) if his own interests are not aligned with the other's and if his action or intentions can not be monitored. These problems arise both in the markets and within organizations. For example, some doctors are tempted to protect against errors by prescribing numerous medical examinations which would otherwise not be necessary. That generates excessive costs, borne by the patient or health insurance, but not by doctor. Another example is the companies that increase profitability by producing mediocre quality products, sometimes even dangerous, when it is difficult to verify the quality of these products.

The problem of moral hazard can affect organizations internally as well as in their external transactions with the market. An employee may speak on the phone with friends or read the

newspaper during his work programme, if his actions are not observable. Managers may exaggerate the difficulties that are faced for their performance to make a better impression or may denigrate the achievements of others to achieve more rapid promotion. They may pursue its own objectives (improving status, increased wage or workplace safety), to the detriment of the owners. Thus, they may prefer the increased turnover rather than profit growth, may hire staff from necessary, or may oppose a ransom of shares that would increase the value of the company, though it may lead to their resignation.

All the above examples are based on the same mechanism: those who make decisions do not take into account all the consequences of their decisions. Neoclassical market model does not take account of this type of behavior because it is based on the implicit assumption that the transactions represent simple exchanges of goods and services whose characteristics are perfectly descriptive, observable and identifiable. Thus, each participant can verify without costs if the terms transaction are respected.

As the term of adverse selection, the moral hazard comes from insurance theory. The insured party changes in a way that he can use as frequently in the benefits offered by the insurance company. A person may be less cautious because he no longer bears the full costs of this behavior. If the necessary precautions would be known in advance and could be described, these would be stipulated in the insurance contract. Because is not always possible to know whether individuals are respected or not the behavior prescribed, in the contract can not specify in an imperative manner the behavior to be adopted.

The moral hazard issue is to motivate the agent who has private information to make the best decision for the uninformed individual. The problem is thus different from that of adverse selection, where the uninformed individual must selected a good product or a good partner. Solving moral hazard problem consists in finding a motivation procedure, while in case of adverse selection must be found a procedure to allow obtain information concerning intrinsic quality of a product or an individual.

Issues of moral hazard are generally studied in the principal-agent models of the agency theory. These models are based on the mandate, which the principal (the uninformed party) compensate an agent (the informed party) for performing acts that are useful to the principal. Such agency relationships are very widespread: the doctor is the patient's agent, employee is the firm's agent, the manager is the agent of shareholders; the politician is the agent of citizens and so on. In fact the agency relationship does not result from outsourcing some tasks, but from the fact that the agent has knowledge or information to which the principal has not access; the latter is therefore obliged to have recourse to the agent to manage their own interests.

Agency theory suggests a new interpretation of organizing businesses. From a theoretical point of view, an organization may be perceived as a set of mandatory-term relationships more or less ranked in which some agents may turn to be a principal to the others. Each actor or group of actors trying to act so as to satisfy their own interests:

- for principal, the problem is to determine an appropriate incentive to pay the agent and optimal control procedures;
- for agent, the problem is to determine the effort in terms of the information (presence, activity ratios, indicators of management, reputation, etc.) depending on which will be appreciated by the principal; a great effort, but which can not be reported to principal will be useless, but, conversely, a low effort will not be well regarded by him.

There are two principal-agent models in situation of moral hazard:

- hidden action models (imperfectly observing agent's action)
- hidden information models (not knowing what action should take the agent to act in the interest of the principal).

In principal-agent models with hidden action, the principal can not appreciate agent's action. The latter is thus tempted to behave according to his interest and announce the principal that bad results are due to events beyond his control. For example, the effort of workers is generally imperfect observable, its interest in taking advantage of this, working less and declare that low performance are not the consequence of a reduction of their efforts.

When the action is the unobservable, the moral hazard problem can be solved in two ways:

1. If the principal can observe the realization of events beyond the agent but can not see the effort implied by it, can be achieved a Pareto optimum. Principal knows relation between results, effort and independent events and therefore deduce the effort by observing the other two parameters.

2. If the principal knows with certainty that the agent made a non optimal effort, he may impose a penalty high enough that the staff is always motivated to choose the effort required. If the poor results may be due to the combination of optimal effort and independent adverse events, the agent will also be motivated to make a best effort if he knows that a contrary decision may require bearing very high penalties.

In principal-agent models with hidden information, the principal can see the agent's action, but does not know whether it is appropriate, because it can not appreciate the circumstances in which the action takes place. In this situation the principal may appeal to the experts. They have private information on the extent to which they are the only ones who can determine a diagnosis. They may therefore have interest to announce wrong diagnosis, then even if you choose a perfectly appropriate diagnosis. For example, a car mechanic may choose to replace the whole engine of a car and do it very well, even if it was sufficient to replace one piece of the old.

The general structure of the principal-agent models with hidden information is similar to that of models with hidden action. Agent and principal have the same characteristics, but in models with hidden information principal proposes a contract which stipulates a payment conditional on an outcome and a message sent by the agent. The principal observes the outcome and the agent, but is unable to assess the relationship between two variables, which depends on a random event only observed by the agent before he chooses how to act. Principal's problem is therefore that of proposing a contract that will maximize his gains and knowing that the agent must obtain a hope of minimal utility.

The principal interest is the agent to transmit information on the achievement of true random event. There is a procedure that allows the principal to stimulate agent to reveal his private information. It is very simple, but expensive and is known as the **revelation principle** (R. Myerson, 1979). When signing the contract, the principal knows that in some situations the agent has any interest in lying. In such situations, principal will pay the agent with the maximum he could obtain by lying in a credible manner. In this case, the agent is not motivated to lie and announce the truth of producing the random event.

In this way, the revelation principle enables the set of possible contracts to contracts that it stimulates the agent to reveal their private information. Optimal contract will be achieved by maximizing the principal's utility. There are two restrictions: agent participation under the contract and agent's information revelation.

In hidden information models, as in hidden action ones, the agent's aversion towards risk leads to sub-optimal situations.

The contracts previewed in theory usually have a complex structure due to payment not being expressed only according to results. In practice contracts tend to be simpler.

Despite such limitations, principal-agent models have led to finding more ways of solving the problem of moral hazard: monitoring agent's action, performance-related pay or deferred compensation. We examine successively the three possibilities.

When the principal can not observe the action or information available to agent, he can invest in control techniques in order to detect deviant behaviors before they occur. For example, American and French companies are not authorized to publish the accounts before they are approved by an expert accountant. Regarding medical insurance, when the treatments are expensive, the insurer may ask the client to provide opinions of two doctors, if it deems excessive treatment. In other cases, control is to prevent deviant behavior and ineffective in terms of social mechanisms by means of rewards or sanctions. We give as an example of clocking cards which forces employees to meet work program under threat of reduction of wages or other punishments.

Investment in control will be provided only to be profitable. Models of moral hazard suggest that the principal costs decrease if the contract stipulated penalties are high. Assume that the probability of detecting an agent that does not submit the best effort is a function of increasing investment in control. For each level of investment, agents know the probability of being detected if they deviate from the desired level. In these circumstances, in order to capitalize and maximize the investment, the principal interest is to impose very high penalties. Thus, agents will always choose the best for principal because knowing that a deviation from this is to them an exorbitant price, even if the probability that this deviation to be detected is low.

In conclusion, the principal can invest to control information available to agent; the optimal contract must stipulate high penalties and low level of control. To limit, if the contract could stipulate infinite penalties, control cost would tend to zero, and the contract would allow the achievement of Pareto optimum.

Again, however, practice varies theory. In reality there are very rarely contracts that provide higher penalties. One of the reasons is that the control is not infallible. When there is a positive probability to make errors, higher penalties are no longer optimal. If agents know they can be victims of error control, the risk of losses associated with these eventualities may even lead to denial of the contract.

The second reason is the credibility of the principal, who may be questioned. The principal interest may have to cheat if the penalties are stipulated in the form of compensation. There is a problem of double moral hazard (for both agent and the principal). In this case it is necessary to call a third person to certify the legitimacy of the principal statement. However, the output control is not perfectly verifiable or whether the third person credibility (which may be corrupted by the principal) is not perfect, high penalties may be not optimal.

A second way of solving the problem of moral hazard is contracts that stipulate rewarding agents based on the performances of other agents. Such contracts based on relative performance, are more efficient than classical contracts if agents have similar tasks whose individual results are perfectly observable (E.P. Lazear and S. Rosen, 1981). In this case the Pareto optimum can be achieved (the limit) when there are multiple agents, due to some simple rules, consisting of compensation depending on the rank of their individual results.

In practice this type of contract is rarely encountered, because the individual effort is generally difficult to observe. In fact, the results are due mostly work as a team.

Contracts are frequently renegotiated. For example, the relations employer - employee or supplier - customer are not limited to a single contract. This allows the principal to find a part of private information held by the agent. Long time relationship allows a better knowledge of average effort of agent. In these circumstances, the principal can achieve the optimum level (with symmetric information). He may propose a contract in which compensation depends on the average performance (corresponding with an appropriate effort).

Beyond this very simple and intuitive result, introducing a dynamic dimension of principal-agent relationship raises some hazard moral problems. Thus, the optimal contracts when

the rate of preference for present is high are complex and still unfinished explored. Repeating the relationship (renegotiating contracts) change agent's strategies.

Suppose, for example, that agent has private information on productive features not change-over time (e.g. his competence). Suppose also that agent performance is based on his competence and effort, which can not be seen by the principal. In such a situation in which there are both hidden information and action, the agent has no interest to choose a level of effort that reveal his competence.

If he do this (for example, whether he is competent and chooses an effort level so that performance can be achieved only by a very competent), the principal will pretend the same effort throughout a future relationship. Thus, in this example, the recurrence relations stimulates agent to make a lower effort than in a static framework, in order to preserve his informational advantage.

Conclusions

The main result of information economics is paretian inefficacy of exchange and competition when the information is costly to obtain. The more informed agents are usually in advantage.

Information economy involves sophisticated maximizing behaviors that lead to the signing of complex contracts. Most of the theoretical results are obtained assuming that individuals have signed complete contracts, which specify the rights and obligations of both parties over the whole term of the contract, accounting for all possible eventualities.

Except insurance branch, in practice contracts tend to be incomplete, because of bounded rationality. People can not solve problems perfectly, costlessly and instantaneously. Thus the contracts do not resolve ex ante all problems that can arise between the parties and are not perfect incentive or optimal. For example, in relation employer - employee, the theory indicates that the wage should depend on the performance of the employee. In reality, remuneration proceedings are generally simple, even for managerial employees. Studies on the remuneration of managers of main U.S. companies show that wages (including bonuses, shares and options) varies very little depending on the value of the company. The theory does not take into account a number of restrictions or institutional information to come to simplify the relationship between performance and compensation.

In recent years the agency model was criticized, mainly on the basis that it ignores cooperative or altruistic behavior and reputation effects. This means that an individual or a company can benefit from establishing a good reputation by showing themselves repeatedly reliable and honest.

Despite these limitations, information economics suggests that it is possible to describe exactly each type of transaction, to detect any sources of inefficiency and to find solutions to remedy them. It is therefore a very useful analytic implement of the new microeconomics.

Concepts of adverse selection and moral hazard were progressively invaded all fields of research of the economy. Beside insurance market and industrial economy, there are other fields which have been deeply affected by recent developments in the economics information.

Agency theory allows a better understanding of the complexity of compensation mechanisms on the labor market. This complexity induces the lack of coordination, which may explain unemployment, inequalities and the strong disparity in working conditions. Efficiency wage theories and those of collective bargaining in this regard are the analytical tools adapted for determining the causes of involuntary unemployment and the effectiveness of employment policies (Cahuc P., A. Zylberberg, 1996).

The models of information economics allowed reconsidering a large number of theoretical issues in corporate finance. Thus, on the financing procedures, signaling theory shows that the indebtedness level may serve as a signal emitted by managers to outsiders and, based here, may lead to an optimal financial structure. Agency theory shows debt as a solution to conflicts of interests between managers and shareholders.

The novelties of the new microeconomics gave birth in early 1980 appointed a new keynesist macroeconomic current, which purpose is to explain macroeconomic disequilibrium starting from individual behaviors. Applying concepts from game theory and information economics allows assessment of the consequences of lack of coordination and information problems on macroeconomic variables such as unemployment, inflation, instability growth.

References

1. AKERLOF G., The Market for Lemons: Quality Uncertainty and The Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, 1970.
2. CAHUC P., La nouvelle microéconomie, Editions La Découverte, Paris, 1998
3. CAHUC P., ZYLBERBERG A., Economie de travail, De Boeck Université, Bruxelles, 1996.
4. JENSEN M. C., MECKLING W. H., Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure, *Journal of Financial Economics*, vol. 3, October 1976.
5. LAZEAR E. P., ROSEN S., Rank-Order Tournaments as Optimum Labor Contracts, *Journal of Political Economy*, vol. 89, 1981.
6. MYERSON R., Incentive Compatibility and the Bargaining Problem, *Econometrica* vol. 47, 1979.
7. SPENCE M., Market Signaling, Harvard University Press, Cambridge, 1974.
8. STIGLITZ J., The Theory of Screening, Education and the Distribution of Income, *American Economic Review*, 65(3) June 1975.
9. STIGLITZ J., The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics, *Quarterly Journal of Economics*, 115(4), 2000.

ECONOMIA INFORMAȚIEI, INSTRUMENT DE ANALIZĂ AL NOII MICROECONOMII

Maria Zenovia GRIGORE *

Rezumat

În „noua microeconomie” postulatul walrasian al perfecțiunii informației este înlocuit de două teoreme privind producția informației: - achiziția și utilizarea informației duce la reducerea costurilor de producție; - activitatea de informare este eficientă, de aceea existând specialiști în producerea sau utilizarea informației. Economia informației studiază deciziile economice în tranzacțiile în care o parte este mai bine informată decât cealaltă. Asimetria și imperfecțiunea informației pot genera două tipuri de riscuri: riscul de selecție adversă, care poate fi redus cu ajutorul semnalelor sau filtrajului, și riscul moral, studiat în cadrul teoriei agenției, prin modelul principal-agent. Modelul principal-agent vizează conflictele apărute între mandantul (principalul) care angajează un mandatar (agent) pentru a acționa în interesul celui dintâi. Pentru rezolvarea conflictelor de interese apărute între aceștia se utilizează diverse mecanisme precum: plata prin comisioane, promovări, participarea la profit, bonusuri de performanță, teama de a își pierde slujba ș.a.m.d.

Cuvinte cheie: economia informației, selecție adversă, teoria semnalelor, risc moral, modelul principal – agent

Introducere

Multă vreme singura reprezentare economică a întreprinderii a fost furnizată de modelul neoclastic. Identificată cu un întreprinzător perfect rațional, firma era redusă la funcția de producție și se adapta în mod mecanic mediului său. Reconsiderarea unora dintre ipotezele acestui model (absența interacțiunilor strategice între agenți, neluarea în considerare a asimetriei informațiilor și a costurilor de tranzacționare, întreprinderea considerată o „cutie neagră”) a dus la reînnoirea instrumentelor de analiză microeconomică. Este vorba de teoria jocurilor și de economia informației, care au ca obiectiv studierea comportamentelor individuale, integrând interacțiunile strategice și imperfecțiunile informaționale și conservând ipoteza tradițională de raționalitate.

Studierea asimetriilor de informație cu ajutorul teoriei jocurilor permite examinarea a numeroase probleme neglijate de microeconomia tradițională, cum ar fi: avantajele ce pot fi obținute de agenții mai informați, modul de funcționare a piețelor în condițiile asimetriei informațiilor, pierderile de resurse antrenate de funcționarea acestor piețe etc.

Obiectivul acestei lucrări este de a contribui la o mai bună înțelegere a acestor probleme și de propune câteva modalități de reducere a riscurilor generate de asimetria și imperfecțiunea informației.

Stadiul cunoașterii în domeniu

Fenomenul de antiselecție a fost studiat pentru prima oară de G. Akerlof (1970). După această dată au fost efectuate numeroase analize ale modelelor cu structuri de informare incompletă și asimetrică, cele mai semnificative fiind cele aparținând lui M. Spence, care a propus

* Lector dr., Facultatea de Științe Economice, Universitatea “Nicolae Titulescu”, București (e-mail: mgrigore@univnt.ro).

semnalizarea ca metodă de reducere a selecției adverse, și J. Stiglitz, care a pus bazele teoriei filtrajului.

Riscul moral este analizat în cadrul teoriei agenției. Primul model al acestei teorii a fost elaborat în 1976 de M. Jensen și W. Meckling. Cercetările ulterioare vizând modalitățile de reducere a riscului moral s-au concretizat în aprofundări, generalizări sau extensii ale modelului inițial.

Lucrarea de față analizează principalele concepte, modele și soluții aparținând economiei informației, prezente în literatura de specialitate.

Economia informației, instrument de analiză al noii microeconomii

Economia informației studiază comportamentul agenților raționali atunci când obținerea informației presupune un cost. În practică există numeroase piețe în care obținerea informațiilor corecte este foarte dificilă: piața muncii, unde angajatorii nu pot cunoaște *a priori* abilitățile angajaților, piața asigurărilor, unde asigurătorul nu poate ști adevărata stare a bunului sau persoanei asigurate etc.

Modelele economiei informației sunt în majoritate modele de echilibru parțial (analiza se rezumă la o singură piață, izolată de restul economiei, pe care se schimbă un bun sau două) și descriu interacțiunile unui număr redus de agenți, cel mai adesea doi, dintre care unul posedă o informație privată și va fi numit parte informată, iar celălalt nu are acces la această informație și va fi numit parte neinformată.

În domeniul schimbului, noua microeconomie înlocuiește piața walrasiană cu conceptul de contract. Un contract este o promisiune sigură făcută de cele două părți, în care sunt precizate obligațiile acestora în fiecare situație ce poate apare. Partea care a propus contractul se numește decident sau **principal**, iar cea care a acceptat contractul **agent**. Principalul și agentul pot fi indivizi, organizații, instituții.

Agentul acceptă contractul atunci când utilitatea obținută în urma semnării acestuia este mai mare decât utilitatea pe care ar obține-o nesemnând contractul.

Situațiile în care una dintre părți are un avantaj informațional asupra celeilalte fac obiectul a trei tipuri de modele. Astfel, suntem în situația de **risc moral** când principalul nu poate observa comportamentul agentului, în acest caz soluția fiind introducerea unor stimulente în clauzele contractuale. Situația de **selecție adversă** presupune că, înainte de semnarea contractului, agentul deține informații relevante la care principalul nu are acces, în acest caz soluția constând în propunerea mai multor contracte alternative cu scopul de a observa informațiile pe care le dezvăluie alegerea de către agent a unuia dintre aceste contracte. În situația în care una dintre părți deține informații importante pe care le transmite celeilalte părți prin intermediul unor semnale avem de-a face cu **modele de semnalizare**.

1. Riscul de selecție adversă și modelele de semnalizare

Termenul de antiselecție sau selecție adversă desemnează un efect negativ al funcționării piețelor datorat unor probleme informaționale.

De exemplu, atunci când cumpărătorii nu pot observa calitatea bunurilor pe care doresc să le achiziționeze, vânzătorii au interesul să supraestimeze calitatea produselor pentru a le vinde la cel mai ridicat preț posibil. Cumpărătorii nu pot avea încredere în declarațiile vânzătorilor și nici nu pot deduce că un preț ridicat semnifică o calitate bună. În aceste condiții, vânzătorii bunurilor de bună calitate, care valorează un preț ridicat, se pot afla în imposibilitatea de a-și vinde produsele la adevăratul lor preț, deoarece cumpărătorii se îndoiesc de calitatea lor.

Problemele de antiselecție apar atunci când unul din participanții la schimb nu poate observa o caracteristică a bunului schimbat. Informația este deci incompletă și asimetrică. În aceste condiții, mecanismul concurențial al teoriei neoclaseice nu mai este eficient. Prețul nu mai constituie un semnal perfect al valorii bunului, pentru că la același preț se pot obține bunuri de calitate diferite. Acest lucru are consecințe nefaste nu numai asupra cumpărătorilor, ci și asupra vânzătorilor produselor de bună calitate, care nu pot să semnaleze calitatea produselor lor în mod gratuit și în manieră credibilă. Există totuși mecanisme care pot ameliora funcționarea pieței atunci când calitatea bunurilor este imperfect observabilă: semnalizarea (partea informată ia inițiativa de a-și revela informațiile private) și filtrajul (când partea neinformată ia această inițiativă).

Fenomenul de antiselecție a fost studiat pentru prima oară de G. Akerlof (1970), care a arătat, plecând de la exemplul autoturismelor de ocazie, în ce punct o piață poate funcționa mai puțin satisfăcător în absența unui mecanism care să-i permită părții informate să semnaleze calitatea bunurilor pe care le vinde. Autorul a plecat de la ipoteza foarte simplificată că vânzătorii de mașini la mâna a doua pot fi clasificați în două categorii: buni (care vând mașini în stare satisfăcătoare) și răi (care vând mașini cu probleme mari). Posibila cumpărători, lipsiți de competență tehnică, sunt incapabili de a aprecia starea unei mașini și, deci, de a alege între vânzătorii buni și cei răi.

Ei se găsesc într-o situație de „risc moral”. Dacă posibila cumpărători sunt absolut incapabili să facă distincția între ocaziile bune și cele rele, se va stabili un preț unic de echilibru pentru toate mașinile de ocazie, corespunzător unui preț mediu al mașinilor proaste. Acest lucru nu îi va satisface pe vânzătorii buni și este posibil, la limită, să antreneze dispariția pieței.

Vânzătorii buni pot deci să aleagă să transmită un semnal cumpărătorilor, adoptând o activitate pe care vânzătorii răi să nu aibă interesul să o imite, pentru că acest lucru s-ar dovedi foarte costisitor pentru ei. Un semnal adecvat este deci costisitor, iar costul este cu atât mai mare cu cât calitatea mașinii este mai scăzută. Acest semnal ar putea consta într-o garanție a cărei durată și întindere (piese, mână de lucru, costul defectării vehiculului) vor fi fixate astfel încât să se stabilească un „echilibru de separare”. Această expresie marchează faptul că semnalul este constituit astfel încât vânzătorii răi să nu aibă interesul să îl emită, pentru ca un cumpărător să poată alege eficient între aceștia și vânzătorii buni.

O altă soluție posibilă, în care costul este suportat de această dată de cumpărător, este de a recurge la serviciile unui expert care va emite un aviz de calitate asupra mașinii. Un aviz pozitiv din partea expertului nu antrenează însă certitudinea că mașina este bună.

Modelul lui G. Akerlof se poate aplica unor situații numeroase. El arată că *laissez-faire* poate avea consecințe nefaste: eliminarea produselor de calitate sau chiar absența schimbului. O reglementare care să asigure revelarea totală sau parțială a informației sau care să instituie proceduri eficiente contra vânzării de produse de proastă calitate ar permite ameliorarea funcționării piețelor.

Piața asigurărilor constituie un cadru privilegiat pentru studierea problemelor ridicate de asimetria informației. De altfel, termenul de antiselecție provine din teoria asigurărilor.

Fenomenele de antiselecție apar în situațiile în care companiile de asigurări nu cunosc caracteristicile reale ale fiecărui asigurat. De exemplu, în cazul asigurării conducătorilor de autoturisme există asimetria de informație, deoarece asiguratorii nu pot observa „calitatea” fiecărui conducător asigurat.

Situația pieței de asigurări este diferită de cea a piețelor mașinilor de ocazie, căci contractele de asigurare sunt mai complexe decât contractele obișnuite de vânzare-cumpărare. Contractele de asigurare stipulează două prețuri: un preț plătit de asigurat pentru a contracta poliția de asigurare (prima de asigurare) și o indemnizație plătită de asigurator dacă un risc prevăzut în contractul de asigurare se produce. În general contractele prevăd o franșiză, ceea ce înseamnă că

indemnizația este mai mică decât valoarea pagubei produse. În anumite cazuri, acest lucru permite asigurătorilor să separe agenții cu risc mare de cei cu risc redus.

Revelarea informației în cadrul unui echilibru de separare nu permite în general atingerea unui optim de prim rang, căci este imposibil ca asigurătorii să propună agenților cu risc scăzut un contract la fel de avantajos ca și cel aferent situației în care informația ar fi simetrică. Astfel de contracte, care stipulează o indemnizație de 100% și o primă relativ redusă, ar fi imediat alese de agenții cu risc ridicat. Cu alte cuvinte revelarea informației presupune un cost. Dacă există echilibru de separare, indivizii cu risc ridicat sunt perfect asigurați (se înregistrează un optim de rangul întâi), în timp ce indivizii cu risc redus, care nu pot fi identificați imediat, obțin un grad de utilitate inferior optimului de rangul întâi. Asimetria informației privind tipul agenților conduce la un fenomen de antiselecție, nefast pentru agenții „buni”.

Un exemplu cunoscut de semnale îi aparține lui M. Spence (1974), primul autor care a studiat această problemă în manieră sistematică. Studiile sale au vizat semnalarea productivității muncii prin nivelul studiilor.

În modelul cel mai simplu al lui M. Spence, productivitatea lucrătorilor poate fi de două feluri: scăzută sau ridicată. Ei își cunosc nivelul de productivitate sau cel puțin știu mai mult despre acest lucru decât viitorii lor angajatori. Dacă indivizii nu pot fi identificați în funcție de nivelul lor de productivitate, ei vor fi remunerați la fel. Este evident că cei care au o productivitate ridicată vor dori ca acest lucru să fie știut, deoarece în caz contrar remunerația lor este inferioară valorii producției lor marginale. Și angajatorii au interesul să cunoască această informație pentru că este imposibil să îi identifice pe cei cu productivitate scăzută, care primesc remunerații mai mari decât producția lor marginală.

Presupunem că unii lucrători au un nivel de studii superior (mai mulți ani de școlarizare, cursuri mai dificile etc.) și că acest nivel este observabil și verificabil. În acest caz, angajatorii pot deduce productivitatea indivizilor din nivelul lor de studii și educația poate constitui atunci un semnal de productivitate. Cei care au un nivel de studii superior sunt considerați cu productivitate ridicată, iar cei cu un nivel de studii mai scăzut sunt considerați ca având o productivitate mai slabă și sunt plătiți cu un salariu mai mic.

Pentru ca acest raționament să fie corect, trebuie îndeplinite două condiții. În primul rând, trebuie ca lucrătorii cu productivitate scăzută să nu-și dorească sau să fie incapabili să atingă nivelul de studii luat ca semnal al unei productivități ridicate. Dacă această restricție de autoselecție nu există, lucrătorii cu productivitate slabă vor atinge un nivel de studii egal cu cel al lucrătorilor cu productivitate ridicată, iar semnalul nu va mai transmite nici o informație. A doua restricție de autoselecție este ca eșecul în obținerea unui anumit nivel de studii să semnaleze cu precizie că individul nu este foarte productiv.

Pentru ca aceste două condiții să fie îndeplinite, trebuie ca educația (atingerea unui anumit nivel de studii) să aibă un cost mai mic pentru indivizii cu productivitate ridicată decât pentru cei cu productivitate slabă. Acest lucru semnifică faptul că există un nivel de studii pe care doar cei mai competenți sunt dispuși să îl atingă. Cei mai puțin competenți vor refuza să suporte acest cost, în ciuda garanției de productivitate pe care o oferă acest nivel de studii și a perspectivei unor salarii mai mari. Se poate presupune că indivizii cu capacități ridicate și prin urmare mai productivi obțin diplome mai ușor, adică cu costuri mai reduse. De asemenea indivizii capabili, contrar celorlalți indivizi, sunt siguri de eficacitatea lor viitoare dacă obțin posturi cu responsabilitate ridicată. Indivizii „buni” sunt deci pregătiți să investească în educație mai mult decât ceilalți indivizi, care nu sunt siguri de randamentul viitor al diplomelor pe care le-ar obține. Din acest punct de vedere, obținerea unei diplome și investirea în educație reprezintă un mijloc de semnalizare a calității către angajatori. În această perspectivă, rolul educației nu mai este acela de a

forma indivizii pentru a-i face mai productivi, ci mai degrabă a-i selecționa pentru a le permite să-și semnaleză calitatea intrinsecă.

Teoria semnalezării are aplicații și în alte domenii decât piața muncii. De exemplu, publicitatea costisitoare constituie un semnal al productivității, finanțarea prin obligațiuni un semnal al profitabilității firmei, reducerile agresive de prețuri un semnal al deținerii unei cote importante de piață etc. De asemenea teoria semnalelor explică de ce firmele aleg să plătească dividende, știut fiind faptul că aceste venituri ale acționarilor vor fi impozitate, în loc să rețină profitul în interiorul firmei, favorizându-i pe acționari prin creșterea capitalului și implicit a valorii acțiunilor. Explicația este dată de faptul că plata dividendelor constituie pentru piață un semnal favorabil, care va conduce la creșterea valorii de piață a acțiunilor ce va compensa pierderile rezultate din impozitarea suplimentară a dividendelor.

Alături de semnalezare, filtrajul reprezintă o a doua metodă de diminuare a riscului de selecție adversă. Pentru partea care nu deține informațiile private, această metodă constă în a clasa părțile informate pe categorii, în funcție de anumite criterii, în scopul de a obține de la acestea informațiile private pe care le dețin.

În domeniul salarizării, filtrajul se poate realiza în funcție de vârstă, experiența sau intenția salariaților de a rămâne în firmă. Soluția filtrajului constă în a elabora contractul de muncă astfel încât să fie atractiv doar pentru categoriile de lucrători pe care firma dorește să-i angajeze. Dacă firma plătește inițial salarii relativ mici și după un anumit timp petrecut în întreprindere salarii mai ridicate decât cele ale pieței, acest lucru permite filtrarea candidaților, căci doar cei care au intenția de a rămâne în firmă vor fi atrași de un astfel de contract de muncă. De altfel salariile inițiale mici compensează costurile de formare a lucrătorilor.

O altă modalitate de filtrare a salariaților constă în remunerarea acestora printr-un salariu fix plus un procent din vânzările realizate. Cei care știu că vânzările depind de performanța lor vor opta pentru contracte care propun un salariu fix mai mic, dar comisioane mari. În schimb, cei care estimează, datorită informațiilor de care dispun, că perspectivele unei creșteri a vânzărilor sunt limitate, vor lua o decizie opusă.

În general autoselecția înlătură asimetria informațiilor, dar costul ei poate fi mare și este posibil ca anumite oportunități de afaceri să fie ratate datorită restricțiilor de incitare.

În concluzie, dacă indivizii au posibilitatea să trimită semnale, rezultatele obținute în cadrul antiselecției pure (fără semnal) trebuie reexaminat. Asimetria informației este și în acest caz reprezentată de imposibilitatea părții neinformate (cumpărător) de a observa calitatea bunurilor sau serviciilor furnizate de partea informată (vânzător). Acesta din urmă poate trimite cumpărătorului semnale care presupun un anumit cost. După ce a observat semnalul, cumpărătorul propune fiecărui vânzător un contract pe acesta îl acceptă sau îl refuză. Contractele pot stipula mai mulți termeni: un preț și un nivel de semnal.

Acest tip de piață seamănă cu cele descrise în exemplele precedente. Singura diferență este că agenții care dispun de un avantaj informațional iau decizia de a trimite un semnal înainte de a le fi propus un contract. Pot exista două tipuri de echilibru diferite: echilibru de regrupare și echilibru de separare.

În cazul echilibrului de regrupare, cele două tipuri de vânzători trimit același semnal sau nu trimit nici un semnal. În acest caz toate bunurile se vând la aceleași prețuri, indiferent de calitatea lor.

Într-un echilibru de separare, vânzătorii de produse de bună calitate trimit un semnal costisitor și percep un preț relativ ridicat, în timp ce vânzătorii de bunuri de proastă calitate nu trimit nici un semnal și vând la un preț mai mic. Se observă că, la fel ca în cazul informării simetrice, doar agenții buni sunt defavorizați (suportă un cost pentru a-și semnaliza calitatea) și pot

chiar să fie și mai defavorizați dacă nu pot trimite semnale. Vanzătorii de produse de proastă calitate nu emit semnale, deci sunt detectați și obțin același venit ca în cazul informării simetrice.

Concluzia generală a modelelor cu structuri de informare incompletă și asimetrică, în care apar probleme de antiselecție, este aceea că agenții „buni” sunt întotdeauna defavorizați de asimetriile informaționale. Mecanismele concurențiale sunt deci ineficace în condițiile în care echilibrele obținute nu sunt optime ale lui Pareto, ci optime de rangul al doilea, caracterizate prin pierderi de resurse (P. Cahuc, 1998).

2. Riscul moral și modelul principal – agent

Problemele de risc moral apar când un agent (un vânzător, un consumator, un salariat etc.) este tentat să acționeze în detrimentul celorlalți pentru că interesele sale individuale nu sunt compatibile cu interesele colective și pentru că acțiunile și intențiile sale nu pot fi controlate. Aceste probleme apar atât în cadrul piețelor, cât și în cadrul organizațiilor. De exemplu, anumiți medici sunt tentați să se protejeze contra erorilor prescriind numeroase examene medicale care, în majoritatea cazurilor, nu sunt necesare pacienților și care generează costuri excesive, suportate fie de pacient, fie de asigurările de sănătate, dar niciodată de medic. Un alt exemplu îl constituie întreprinderile care urmăresc să-și crească rentabilitatea fabricând produse de calitate mediocră, uneori chiar periculoase, atunci când știi că este dificil de verificat calitatea acestor produse.

Aceleași comportamente se pot întâlni și în cadrul organizațiilor. Un salariat poate să discute la telefon cu prietenii sau să citească ziarul în timpul serviciului, dacă acțiunile sale nu sunt observabile. Managerii pot exagera dificultățile cu care sunt confrunțați pentru ca performanțele lor să facă o impresie mai bună sau pot denigra succesele altora pentru a obține mai rapid o promovare. Ei pot să-și urmărească propriile obiective de îmbunătățire a statutului, a eventualelor avantaje pe care le pot obține, a salariului sau a siguranței locului de muncă, în detrimentul proprietarilor întreprinderii. Astfel, ei pot prefera creșterea cifrei de afaceri în loc de creșterea profitului, angajarea de personal peste necesar, sau se pot opune unei răscumpărări de acțiuni care ar duce la creșterea valorii firmei, dar ar antrena și demisia lor.

Toate exemplele de mai sus se bazează pe același mecanism: cei care iau decizii nu iau în considerare toate consecințele deciziilor lor. Modelul neoclasic al pieței nu ține cont de acest tip de comportament, căci se bazează pe ipoteza implicită că tranzacțiile reprezintă simple schimburi de bunuri și servicii ale căror caracteristici sunt perfect descriptibile, observabile și identificabile. Astfel, fiecare participant la tranzacție poate verifica fără costuri dacă termenii tranzacției sunt respectați.

Ca și termenul de antiselecție, cel de risc moral provine din teoria asigurărilor. El desemnează tendința asiguraților de a-și modifica comportamentele astfel încât să poată recurge cât mai frecvent la prestațiile oferite de compania de asigurări. Faptul că este asigurat îl poate determina pe individ să nu se ferească suficient contra pierderilor. Dacă precauțiile necesare ar putea fi cunoscute dinainte și ar putea fi descrise, ar fi suficient ca ele să fie stipulate în contractul de asigurare. Cum însă nu este întotdeauna posibil de a ști dacă indivizii au respectat sau nu comportamentul prescris, în contract nu se poate specifica în manieră imperativă comportamentul ce trebuie adoptat.

În cazul riscului moral, problema este de a-l motiva pe agentul care dispune de o informație privată să ia o decizie optimă pentru individul neinformant. Problema este deci diferită de cea întâlnită în cazul antiselecției, unde individul neinformant trebuie să selecționeze un produs bun sau un partener bun. Rezolvarea problemei riscului moral constă în găsirea unei proceduri de motivare, în timp ce în cazul antiselecției trebuie găsită o procedură care să permită obținerea unei informații despre o calitate intrinsecă a unui produs sau individ.

Problemele legate de riscul moral sunt în general studiate în cadrul **modelelor principal-agent**, aparținând **teoriei agenției**. Aceste modele au la bază contractul de mandat, prin care partea neinformată (mandatar sau principal) încredințează parțial sau total gestiunea propriilor interese părții informate (mandatar sau agent) contra unei plăți. Astfel de relații de agenție sunt foarte răspândite: medicul este agentul pacientului, salariatul este agentul firmei, managerul este agentul acționarilor, politicianul este agentul cetățenilor etc. De fapt relația de agenție nu rezultă din subcontractarea unor sarcini, ci din deținerea de către mandatar a unor cunoștințe sau informații la care mandantul nu are acces; acesta din urmă este deci obligat să recurgă la serviciile mandatarului pentru a-și administra propriile interese.

Teoria agenției propune o interpretare nouă a organizării întreprinderilor. Din punct de vedere teoretic, o organizație poate fi percepută ca un ansamblu de relații mandant-mandatar mai mult sau mai puțin ierarhizate, în care anumiți agenți pot la rândul lor să exercite funcția de mandant față de alții. Fiecare actor sau grup de actori va încerca să acționeze astfel încât să-și satisfacă propriile interese:

- pentru mandant, problema este de a determina o modalitate de remunerare stimulativă a mandatarului și proceduri optime de control;
- pentru mandatar, problema este de a-și doza efortul conjugat cu informațiile (prezență, raporturi de activitate, indicatori de control de gestiune, reputație etc.) în funcție de care va fi judecat de mandant; un efort mare, dar care nu poate fi raportat mandantului va fi inutil, dar, invers, un efort scăzut nu va fi bine privit de către acesta.

Principalul este confruntat cu problema riscului moral atunci când observă imperfect acțiunea întreprinsă de agent (acțiune ascunsă) sau când nu cunoaște acțiunea pe care ar trebui să o întreprindă agentul pentru a acționa în interesul principalului (informație ascunsă).

În cazul **modelelor principal-agent cu acțiune ascunsă**, agentul neinformant nu poate aprecia acțiunea partenerului său. Acesta din urmă este deci tentat să se comporte conform propriului interes și să-l anunțe pe agentul neinformant că rezultatele proaste se datorează unor evenimente independente de voința sa. De exemplu, efortul muncitorilor este în general imperfect observabil, ei având interesul să profite de acest lucru, muncind mai puțin, și să declare că performanțele scăzute nu sunt consecința unei diminuări a eforturilor lor.

Când acțiunea este inobservabilă, problemele ridicate de riscul moral pot fi rezolvate în două moduri:

1. Dacă principalul poate observa realizarea evenimentelor independente de voința agentului, dar nu poate observa efortul depus de acesta, se poate obține un optim de prim rang. Principalul cunoaște relația dintre rezultate, efort și evenimentele independente și poate deci să deducă efortul din observarea celorlalți doi parametri.

2. Dacă principalul știe cu certitudine că agentul nu a depus efortul aferent optimului de prim rang, el poate impune o penalitate suficient de ridicată pentru ca agentul să fie mereu motivat să aleagă efortul cerut. În cazul în care rezultatele proaste se pot datora combinației dintre efortul non optimal și evenimentele independente nefavorabile, agentul va fi de asemenea motivat să depună un efort optim dacă știe că o decizie contrară îl poate obliga să suporte penalități foarte mari.

În cazul **modelelor principal-agent cu informație ascunsă**, agentul neinformant poate observa acțiunea, dar nu știe dacă ea este potrivită, căci nu poate aprecia circumstanțele în care se desfășoară acțiunea. În această situație principalul poate apela la experți. Aceștia dispun de o informație privată în măsura în care sunt singurii care pot stabili un diagnostic. Ei pot avea deci interesul să anunțe un diagnostic eronat, chiar dacă aleg apoi o acțiune perfect adaptată diagnosticului. De exemplu, un mecanic auto poate alege să înlocuiască tot motorul unei mașini și să o facă foarte bine, chiar dacă ar fi fost suficient să înlocuiască o singură piesă a celui vechi.

Structura generală a modelelor principal-agent cu informație ascunsă este asemănătoare cu cea a modelelor cu acțiune ascunsă. Agentul și principalul au aceleași caracteristici, dar în modelele cu informație ascunsă principalul propune un contract care stipulează o plată condiționată de un rezultat și de un mesaj transmis de către agent. Principalul observă rezultatul și acțiunea agentului, dar nu este capabil să evalueze relația dintre cele două variabile, care depinde de realizarea unui eveniment aleatoriu observat doar de agent înainte ca acesta să își aleagă modalitatea de acțiune. Problema principalului este deci aceea de a propune un contract care să-i maximizeze câștigurile știind că agentul trebuie să obțină o speranță de utilitate minimală.

Principalul are interesul ca agentul să îi transmită informația adevărată privind realizarea evenimentului aleatoriu. Există o procedură care îi permite principalului să îl stimuleze pe agent să-și reveleze informația sa privată. Ea este foarte simplă, dar costisitoare și este cunoscută sub numele de **principiul revelației** (R. Myerson, 1979). În momentul semnării contractului, principalul știe că în anumite situații agentul are interesul să mintă. În astfel de situații, el îi va propune remunerația maximă pe care acesta ar putea să o obțină mințind în manieră credibilă, oricare ar fi mesajul lui. În acest caz, agentul nu mai este motivat să mintă și poate anunța fără teamă adevărul privind producerea evenimentului aleatoriu.

În acest fel, principiul revelației permite limitarea ansamblului de contracte posibile la contractele care îl stimulează pe agent să-și reveleze informația privată. Contractul optim se va obține maximizând speranța de utilitate a principalului, sub restricțiile participării agentului la contract și revelației informației deținute de acesta.

Atât în modelele cu informație ascunsă, cât și în cele cu acțiune ascunsă, aversiunea agentului față de risc conduce la situații suboptimale.

În plus, contractele au de obicei o structură complexă datorită faptului că plata nu se exprimă doar în funcție de rezultate. Situațiile reale conduc însă la contracte mult mai simple decât cele prevăzute în teorie. De exemplu, contractele de muncă stipulează în general o remunerare independentă de rezultate.

În ciuda unor astfel de limite, modelele principal-agent au condus la găsirea mai multor modalități de rezolvare a problemei riscului moral: controlul direct asupra acțiunii agentului, contracte care vizează competiția între mai mulți agenți sau propunerea de colaborare pe termen lung pe care principalul i-o face agentului. Vom analiza succesiv cele trei posibilități.

Când principalul nu poate observa acțiunea sau informația de care dispune agentul, el poate investi în tehnici de control în scopul de a detecta comportamentele deviate înainte ca acestea să apară. De exemplu, întreprinderile americane și franceze nu sunt autorizate să-și publice situațiile contabile înainte ca ele să fie aprobate de un expert contabil autorizat. În ceea ce privește asigurările medicale, când tratamentele sunt scumpe, asiguratorul îi poate cere clientului să-i furnizeze avizele a doi medici, dacă acesta consideră tratamentul excesiv. În alte cazuri, controlul are rolul de a preveni comportamentele deviate și ineficace din punct de vedere social prin intermediul unor mecanisme de recompense sau sancțiuni. Putem da ca exemplu cartelele de pontaj care îi obligă pe salariați să respecte programul de lucru sub amenințarea reducerii salariilor sau altor pedepse.

Investiția în control se va face doar cu condiția să fie rentabilă. Modelele de risc moral sugerează că pentru principal cheltuielile cu controlul scad în cazul în care în contract sunt stipulate penalități ridicate. Să presupunem că probabilitatea de a detecta un agent care nu depune efortul optim este o funcție crescătoare a investiției făcute în control. Pentru fiecare nivel al investiției, agenții cunosc probabilitatea de a fi detectați în cazul în care deviază de la comportamentul dorit de principal. În aceste circumstanțe, pentru a-și rentabiliza la maxim investiția, principalul are interesul să impună penalități foarte ridicate. Astfel, agenții vor alege

întotdeauna acțiunea optimă pentru principal, deoarece știu că o deviere de la aceasta are pentru ei un cost exorbitant, chiar dacă probabilitatea ca această deviere să fie detectată este mică.

În concluzie, când principalul poate investi pentru a controla informația de care dispune agentul, contractul optim trebuie să stipuleze penalități cât mai mari și un nivel al controlului cât mai mic. La limită, dacă contractul ar putea stipula penalități infinite, costul controlului ar tinde către zero, iar contractul ar permite atingerea optimului lui Pareto.

Încă o dată practica diferă însă de teorie. În realitate se întâlnesc foarte rar contracte care să prevadă penalități ridicate. Unul dintre motive îl constituie faptul că nu putem considera controlul infailibil. Când există o probabilitate pozitivă de a se face erori, penalitățile ridicate nu mai sunt optime. Dacă agenții știu că pot fi victimele unor erori de control, riscurile de pierderi asociate acestor eventualități pot să conducă chiar la refuzarea contractului.

Al doilea motiv îl constituie credibilitatea principalului, care poate fi pusă sub semnul întrebării. Principalul poate avea interesul să trișeze dacă penalitățile sunt stipulate sub forma unor despăgubiri. Există deci o problemă de **duplu risc moral** (atât pentru agent, cât și pentru principal). În acest caz este necesar să se facă apel la o terță persoană care să certifice legitimitatea declarației principalului. Totuși, dacă rezultatul controlului nu este perfect verificabil sau dacă credibilitatea terței persoane (care poate fi coruptă de către principal) nu este perfectă, penalitățile ridicate pot să nu mai fie optime.

O a doua modalitate de rezolvare a problemei riscului moral vizează comportamentul optim al principalului în relația cu mai mulți agenți. În această situație principalul poate propune contracte în care plata fiecărui agent depinde de rezultatele celorlalți agenți. Astfel de contracte, fondate pe performanțe relative, sunt mai rentabile decât contractele clasice dacă agenții au sarcini similare ale căror rezultate individuale sunt perfect observabile (E. P. Lazear și S. Rosen, 1981). În acest caz optimul de gradul întâi poate fi atins (la limită) când există mai mulți agenți, grație unor reguli simple, constând în remunerarea agenților în funcție de clasamentul rezultatelor individuale ale acestora.

În practică acest tip de contract se întâlnește rar, deoarece rezultatele individuale sunt în general dificil de observat. De fapt, rezultatele se datorează de cele mai multe ori muncii în echipă.

Contractele sunt renegociate în mod frecvent, iar relația dintre principal și agent constă deci într-o serie de acțiuni întreprinse pe termen lung. De exemplu, relațiile dintre un angajator și un salariat sau dintre un furnizor și un client nu se limitează la un singur contract. Acest lucru îi permite principalului să afle o parte din informația deținută de agent. Durata relației permite o mai bună cunoaștere a efortului mediu depus de agent. În această condiții, principalul poate atinge optimul de prim rang (cu informare simetrică). El poate să propună un contract în care remunerarea depinde de performanța medie pe care acesta o consideră ca fiind corespunzătoare efortului optim.

Dincolo de acest rezultat foarte simplu și intuitiv, introducerea unei dimensiuni dinamice ridică totuși câteva probleme de risc moral. Astfel, contractele optime când rata de preferință pentru prezent este ridicată sunt complexe și insuficient explorate. De altfel repetarea relației (renegocierea contractelor) modifică strategiile agenților. Să presupunem, de exemplu, că agentul dispune de o informație privată privind anumite caracteristici productive ce nu se modifică de-a lungul timpului (de exemplu, competența sa). Presupunem de asemenea că performanțele agentului sunt în funcție de competența și efortul său, care nu pot fi observate de principal. Într-o astfel de situație în care există în același timp informație și acțiune ascunse, agentul nu are în general interesul să aleagă un nivel de efort care să îi reveleze competența. Dacă face acest lucru (de exemplu, dacă este foarte competent și alege un efort ridicat astfel încât performanța obținută să nu poate fi atinsă decât de un agent foarte competent), principalul va fi în poziția de a-l motiva să furnizeze un efort corespunzător alocării optimului de prim rang pe toată durata viitoare a relației.

Astfel, în acest exemplu, repetarea relației îl stimulează pe agent să depună un efort mai scăzut decât într-un cadru static, în scopul de a-și conserva avantajul informațional.

Concluzii

Rezultatul central al economiei informației este ineficacitatea paretiană a schimbului și a concurenței atunci când există costuri de achiziție a informației. Agenții care dispun de un avantaj informațional beneficiază în general de un câștig de situație.

Economia informației nu este nici perfect finisată, nici perfect satisfăcătoare. Ea presupune comportamente maximizatoare sofisticate care conduc la semnarea de contracte complexe care nu se regăsesc în practică. Majoritatea rezultatelor este obținută presupunând că indivizii semnează contracte complete, care țin cont de toate posibilitățile de realizare a evenimentelor aleatoare. Exceptând domeniul asigurărilor, contractele întâlnite în viața economică reală nu sunt atât de sofisticate ca și cele propuse de teorie. Ele nu rezolvă *ex ante* toate problemele care pot apărea între părți și nu sunt nici perfect incitative, nici optimale. De exemplu, în relația angajator – salariat, teoria ne indică că salariul ar trebui să depindă de rezultatele obținute de salariat. În realitate, modalitățile de remunerare sunt în general simple, chiar și în cazul cadrelor de conducere. Studiile efectuate asupra remunerării managerilor marilor întreprinderi americane demonstrează că salariile acestora (inclusiv bonusuri, acțiuni și opțiuni) nu variază decât foarte puțin în funcție de valoarea bursieră a întreprinderii. Probabil că teoria nu ține seama de un anumit număr de restricții instituționale sau informaționale care vin să simplifice relația dintre salariu și performanță.

În ultimii ani modelul principal-agent a fost criticat, mai ales pentru faptul că nu ia în considerație posibilitatea unor comportamente cooperante și nici efectele dorinței agenților de a își păstra o bună reputație (indivizii sau companiile pot fi avantajați dacă își păstrează reputația de agenți onești).

În ciuda acestor limite, economia informației arată că este posibil de a descrie exact modul în care se desfășoară fiecare tip de schimb, pentru a observa eventualele surse de ineficacitate și a căuta mijloacele pentru a le remedia. Ea constituie deci un instrument de analiză foarte util al noii microeconomii.

Conceptele de risc moral și de antiselecție au pătruns progresiv în toate domeniile de cercetare ale economiei. Acest lucru este evident în teoria asigurărilor și în economia industrială, dar există și alte domenii care au fost profund afectate de dezvoltările recente ale economiei informației.

Teoria agenției permite o mai bună înțelegere a complexității mecanismelor de alocare pe piața muncii. Această complexitate induce lipsa coordonării, care poate explica șomajul, inegalitățile și puternica eterogenitate a condițiilor de muncă. Teoriile salariului de eficiență sau cele ale negocierilor colective constituie în acest sens instrumente analitice adaptate pentru determinarea cauzelor șomajului involuntar și pentru evaluarea eficacității politicilor de ocupare (P. Cahuc, A. Zylberberg, 1996).

În teoria financiară, luarea în considerare a imperfecțiunilor informaționale și interacțiunilor strategice permite compararea eficacității diferitelor moduri de finanțare și a diferitelor tipuri de organizare a piețelor financiare.

Noutățile aduse de noua microconomie au dat naștere la începutul anilor 1980 unui curent numit noua microconomie keynesistă, al cărui scop este de a explica dezechilibrele macroeconomice pornind de la comportamentele individuale. Aplicarea conceptelor rezultate din teoria jocurilor și economia informației permite evaluarea consecințelor lipsei de coordonare și a problemelor informaționale inerente diverselor tranzacții asupra unor variabile macroeconomice precum: șomajul, inflația, instabilitatea creșterii economice.

Bibliografie

1. AKERLOF G., The Market for Lemons: Quality Uncertainty and The Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, 1970.
2. CAHUC P., La nouvelle microéconomie, Editions La Découverte, Paris, 1998
3. CAHUC P., ZYLBERBERG A., Economie de travail, De Boeck Université, Bruxelles, 1996.
4. JENSEN M. C., MECKLING W. H., Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure, *Journal of Financial Economics*, vol. 3, October 1976.
5. LAZEAR E. P., ROSEN S., Rank-Order Tournaments as Optimum Labor Contracts, *Journal of Political Economy*, vol. 89, 1981.
6. MYERSON R., Incentive Compatibility and the Bargaining Problem, *Econometrica* vol. 47, 1979.
7. SPENCE M., Market Signaling, Harvard University Press, Cambridge, 1974.
8. STIGLITZ J., The Theory of Screening, Education and the Distribution of Income, *American Economic Review*, 65(3) June 1975.
9. STIGLITZ J., The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics, *Quarterly Journal of Economics*, 115(4), 2000.

PROPERTY RIGHTS AND THE KNOWLEDGE ECONOMY

Călin VÂLSAN*

Abstract

This paper outlines several important changes in our economic model brought about by the emergence of the knowledge economy. Until now, property rights have acquired a solid track record for being the most reliable and efficient societal device for coping with economic uncertainty. In the industrial age, property rights have made the separation between ownership and control tenable and have generated the now ubiquitous archetype of economic organization represented by the public corporation. In the knowledge economy, the most important factor of production is human capital, meaning that the importance of property rights is greatly diminished, as one cannot separate ownership from control without interfering with the right of self-ownership.

Keywords: *Human capital, property rights, public goods, positive sum games, economic surplus*

Introduction

The pinnacle of microeconomic organization is the public corporation; it provides a superior mechanism for handling risk by limiting the scope of moral hazards and compensating the lack of social bonds with formal contracts [Novaes and Zingales (2004)]. It also provides a mechanism for reducing the transaction costs of allocating resources, by replacing relative market prices with administrative fiat [Williamson (1975)].

For more than four centuries capitalism has thrived because property rights have proven apt at coping with economic and social risk better than anything else devised by man. As a tool for allocating residual cash flow and control, they allow for the internalization of the economic surplus. This frames the corporation as a positive sum game, engendering cooperation among economic agents. Yet, the history of capitalism so far is that of the industrial revolution: the industrial model of production has been made largely possible by the nature of firm-specific assets and that of the output. Capital has been historically invested in tangible assets and output has been dominated by goods that are rival and exclusive. These two characteristics have made the separation between ownership and control tenable and have fostered the managerial revolution and the now-familiar centralized, hierarchical governance model. As we move from an industrial model to a production model dominated by knowledge, the role of property rights is about to change. The current paper is attempting to sketch and discuss the important changes that a new economic paradigm is about to usher into our world.

PROPERTY RIGHTS AND THE KNOWLEDGE ECONOMY

1. Property Rights and Human Capital

It is widely acknowledged that property rights are a precondition for a dynamic and efficient economy [Hart and Moore (1990)], but this statement needs to be qualified; strong property rights and fair regulation sometimes merely mirror social practices engendered by a vibrant moral community, while other times are badly needed to offset moral deviance and opportunism [La Porta et al (1998)].

*Williams School of Business, Bishop's University Sherbrooke, QC J1M 1Z7 Canada (cvalsan@ubishops.ca).

The traditional economic model links financing to the provision of capital. This view is nevertheless incomplete. All organizations need some mix of financial, social, and human capital in order to function [Schultz (1961), Becker (1964)]. The link between finance and growth, however, is a well documented empirical issues [Guiso et al (2008)]; it is easier to quantify financial capital, as opposed to less observable, and morally-laden concepts like talent, trust, and cooperation.

The provision of capital is a risky economic endeavor. The entrepreneur sinks one's capital into a specialized, firm-specific project. The assets generates economic value only when used in connection with a given project: an airplane can only be used to fly passengers and cargo. One cannot use it to drill for oil, to grow corn, or to bake bread. Given its very specialized use, the equipment has a limited market, and its liquidation would occur at a substantial cost to the owner. If the project is thriving, the entrepreneur is fully rewarded, if it falters, the entrepreneur is stuck with an asset that is costly to redeploy. This is why the entrepreneur is entitled to reaping the rewards of his venture.

Understandably, as organizational complexity increases, one should expect a division of labor to occur: some individuals will specialize in the provision of capital and risk-bearing, while others will specialize in making managerial decisions. Since specialization gives rise to agency problems, the modern corporation represents a trade-off between risk and internal economic performance [Jensen and Meckling (1976), Fama (1980), Schleifer and Vishny (1997)]. Moreover, arm's length contracting bolsters volatile social capital with the help of enforceable contracts in order to achieve collective action. Finally, the corporation rationalizes transaction costs by engendering resource allocation based on fiat instead of relative market prices.

The specialization between risk-taking and decision-making is tantamount to the separation between ownership and control [Berle and Means (1932), Demsetz(1983), Demsetz and Lehn (1985)]. In the smokestack era of the industrial revolution, most capital was represented by industrial equipment that was easily managed top-down in hierarchical organizations owned by absentees capitalists. A great portion of labor was relatively unskilled and, as illustrated by Henry Ford's assembly line, largely interchangeable. For centuries, workers were ultimately handled not much differently than workhorses. This is the context in which Karl Marx decried the alienation of the proletariat from the product of its own labor. He saw it as a situation in which the worker was denied the right of self-ownership; capitalism was thus the moral equivalent of modern slavery.

As it becomes more and more obvious that knowledge represents the main ingredient of economic, social and moral progress, the separation between ownership and control is blurring. Knowledge is a paramount trait of human capital, which is bound to eclipse financial capital in terms of economic significance. Since a free and democratic society rejects any form of slavery and servitude, a clear-cut separation between ownership and control could never be achieved. The manager has to devolve a great deal of authority to lower organizational echelons simply because the specialized knowledge of many workers makes them better at making decisions than the manager. The increasing complexity of modern economic life requires teamwork, because teams are better at monitoring their members and evaluating complex outcomes that are not readily measurable or observable by independent third parties [Baker et al (1988)]. The future of economic organization will arguably revolve around knowledge-based goods and services hard to quantify, and around complex production processes that cannot be prescribed ex-ante by conventional performance metrics [Drucker (1999)]. The post-industrial economic organization relies more on flat networks based on trust rather than traditional hierarchies based on autocratic rule [Rajan and Zingales (2000)]. The rise of economic networks is showcasing the role of human and social capital, but this does not spell the end of the hierarchy [Fukuyama (1996)]. Social capital is volatile and vulnerable to moral hazards, hence a modicum of bureaucracy will always

complement the strengths and compensate the weaknesses of economic networks. It is in this very sense that we should interpret Max Weber's (1947) claim that the essence of modernity is the bureaucratic organization.

2. Knowledge, Property Rights and Collective Action

The concept of post-industrial economy [Bell (1974), Ritzer (2007)] has come to be understood as a stage of social organization in which the bulk of economic output is represented by human knowledge, culture, and communication [Benkler (2008)]; the most significant production factor is represented by human and social capital; and the allocation of, and the bargaining over ownership and cash flow claims is increasingly achieved spontaneously, in a decentralized manner.

So, how is collective action, that is, social and economic collaboration, achieved in the post-industrial economy? At its heart, collective action relies on the same type of collaborative behavior found in any other paradigm of social interaction.

All forms of economic organization represent a network of individuals with conflicting economic interests who enter temporary contracts allowing them to cooperate in order to compete more effectively against other economic agents. Each organization is conceived as a nexus of contracts. Cooperation is aimed at extracting an economic surplus (rent); the existence of an economic surplus is what makes cooperation possible. Precisely because it is conditional on economic rents, the extent of the cooperation is limited.

Axelrod (1997), (2006) and Axelrod and Hamilton (1981) have used game theory simulation to inquire about the nature of Evolutionary Stable Strategies (ESS). The authors recognized that individuals are constantly engaged in Prisoner's Dilemma games. Axelrod noticed that, from a large group of game strategies, the emergence of a cooperative ESS was conditional on repeat interaction over a period of unknown duration. One of the most ubiquitous cooperative strategies is the tit-for-tat. The most effective cooperative strategies relies on reciprocal altruism [Trivers (1971)]. There is no question that our behavior is self-centered and we are hardwired for selfishness; however, individuals who embrace altruistic cooperation enjoy, under certain circumstances, an advantage over those who adopt purely opportunistic strategies. Reciprocal altruism is an ubiquitous occurrence simply because cooperation makes individuals more successful in the long-run [Smith (1982)].

There is one caveat, however. Individuals adopt cooperative strategies only when engaging in a positive sum game. Axelrod's "nice" strategies tend to break down in zero sum games. As far as economic organizations are concerned, there has to be an economic surplus to be generated, for genuine cooperation to occur. Any approach that fails to frame the process as a positive sum game will result in a deeply dysfunctional organization.

3. Knowledge and Public Goods

Because the economic surplus is contingent on internal cooperation, collective action becomes a public good as far as the economic organization is concerned. Public goods can be classified according to their degree of confinement¹. Highly confined public goods tend to be internalized entirely by the group incurring the cost of their production. An Intranet constitutes such an example. The confined public good - access to various resources on a computer network - is accruing only to the members of the organization that incurs the costs associated with providing

¹ Some authors classify public goods according to their degree of globalization, see [Stiglitz (1999)]

the service. From the perspective of outsiders, the intranet amounts to a private good. Please note, however, that access to the organization's world wide web site, unavoidably entails some transfer of internal resources and information to the public domain; but this is only due to the fact that there is no clear-cut delineation between private and public goods. Pure public goods, just like pure private goods are pure fiction.

Unconfined public goods are externalized by the group that internalizes the cost of their provision. Organizations that produce and distribute open source software are good such examples. Linux, OpenOffice, and Mozilla Firefox are products that can be used freely by virtually anyone on the planet with a computer and internet connection, yet all development and distribution costs are incurred by a small group of computer-savvy enthusiasts. How is it possible that an informal network of little known individuals produces software comparable to that developed by multi-billion corporations? This feat owes to a sophisticated philosophy that bonds together the open source community into a sectarian-like network with a deep and unwavering commitment to a unique set of moral values.

The default public good depicted by standard neoclassical economic theory is somewhere in between highly confined and unconfined public goods. Traditional examples used to illustrate the concept include lighthouses, socialized healthcare, education, national defense, and many others. These public goods usually circumscribe and delineate a specific cultural, social, and economic space. Most often than not, economic theory tends to ignore public goods below and above this level.

Following the argumentation presented here, the most general type of confined public good is obviously represented by collective action as it takes place in any economic organization. Trust is paramount to the functioning of any community because it lowers the cost of collective action. Trust is thus a public good. As noted by Mancur Olson (1971), as collectivities grow larger, there is a greater probability of free-riding among their members. Since public goods are non-rival and non-exclusive, there is a strong incentive to consume their benefits while avoiding to pay a fair share of their cost. Financial economists use the free-riding argument to explain the existence of agency costs associated with large, publicly owned corporations. When the ownership of firms is dispersed, individual shareholders have little incentive to monitor the manager simply because the monitoring costs are prohibitively high [Jensen and Meckling (1976), Fama (1980), Schleifer and Vishny (1997)]. Each shareholder is better off waiting for someone else to take the manger to task. In the end, it makes more sense to passively shoulder the loss caused by managerial expropriation, rather than incur alone a cost that is much higher than the share of benefits accruing to each individual shareholder.

In general, economic agents require a fair mechanism to deal with the distribution of the economic surplus under conditions of uncertainty. Corporate governance – the crux of microeconomic organization – needs to specify a system for measuring the economic surplus, and to identify a group of agents with residual rights over the surplus [Rajan and Zingales (1998)]. Corporate governance is thus a reminder that individuals have conflicting claims and contracts are incomplete [(Hart and Moore (1988)]; it ultimately represents an exercise in minimizing the cost of collective action.

4. An Emerging Paradigm

How is then the cost of collective action minimized when the output of knowledge economy is hardly measurable? How is trust built? How can one create the perception of, and give the assurance for an economic surplus?

Benkler (2006) considers that the advent of personal computing and the internet have

placed productive capital and knowledge distribution channels in the hands of regular individuals. A similar type of redistribution of capital had occurred several centuries earlier, when Gutenberg unleashed the printed word, which spread across Europe the gospel of Protestantism, capitalism, and eventually, democracy. Benkler notes that:

"The networked information economy improves the practical capacities of individuals along three dimensions: (1) it improves their capacity to do more for and by themselves; (2) it enhances their capacity to do more in loose commonality with others, without being constrained to organize their relationship through a price system or in traditional hierarchical models of social and economic organization; and (3) it improves the capacity of individuals to do more in formal organizations that operate outside the market sphere." p20

Ever since humans migrated from the savannas of Africa and began their social ascent, human endeavor has always been about wealth, power, and individual survival. How these ultimate goals have been achieved has been just a question of social technology. In some instances social technology was dominated by intrusive morality and ideology; in other instances, it was mediated by money, property rights, and free markets.

At the heart of the classical industrial model of production lamented by Marx, reformed by Keynes, and exulted by Stiglitz, Samuelson, Friedman and other neo-classical economists is the nature of the product. Its output is circumscribed by two goods: collective action - the public good; and tangible goods and services - quasi private goods. As discussed earlier, the public good is necessary for the production of private goods, and collective action cannot be achieved without private property rights.

The knowledge economy, on the other hand, is dominated by two public goods: Collective action - the same public good as before; and knowledge, culture, human meaning, and communication - which are quintessentially public goods as well. This has several arresting implications.

Because knowledge can be shared without being surrendered - that is, knowledge is non-rival and non-exclusive- the

mediating role of markets and property rights has become less important. Spontaneous, reciprocal sharing appears the better paradigm: not because it is gentler or kinder, or more ethical; rather because it is more efficient.

Incredibly, the vision once proposed by so-called utopians and anarchists has come to pass. The militant, tyrannical brand of socialism represented by Marxism has failed dismally, while the other models, dismissed so cavalierly from all quarters, had to wait for the internet revolution to become vindicated. Here, we are not speculating about the future; rather, we are merely taking note of what is unfolding before our very eyes. Scientists working at noncommercial research institutes funded by nonprofit educational institutions and government grants produce most of our basic science [Benkler(2006)]. Most of our information and culture is produced and spread through the internet by individuals creating independently and autonomously. Peer-to-peer production of non-proprietary culture and knowledge has started to permeate our society. Because knowledge is now produced and distributed in a decentralized manner and targets select groups of engaged individuals with similar interests, as opposed to the mass-media that targets everyone using the lowest common denominator, the possibility and scope of using money to manipulate the public opinion is diminished.

Form here comes the momentous conclusion that enforcing intellectual property rights can inflict more harm than good. In a letter written in 1676, addressed to Robert Hooke, Isaac Newton wrote:

"If I have seen a little further it is by standing on the shoulders of Giants."

Newton borrowed this aphorism from Bertrand de Chartres, who compared 12th century scholars to the ancient scholars of Greece and Rome [Southern (1961)]. Google Scholar has adopted it as a motto: "Stand on the shoulders of giants." This expression came to epitomize the paramount role played by accumulated knowledge in the creation of further knowledge. Without free access to what other scholars have produced along the centuries, any advancement would come at a prohibitive price. The mere fact that we can access an inordinate number of books articles, research papers, etc. at a click of a button frees us from the necessity of having to reinvent the wheel over and over again.

Economic efficiency and social democracy in the age of knowledge are quintessentially dependent on freedom of information and unfettered access to already existing knowledge. The production of public goods is becoming dominant and feeds on itself. This awesome truth is only starting to dawn on a handful of large corporation as they struggle for supremacy against other Goliaths bent on maintaining the hierarchical, centralized, industrial model of production. This clash of giants is pitching companies like IBM, Google, Canonical, and Sun Microsystems - all juggernauts of the information age who saw the future - against equally powerful competitors, such as Microsoft, Hollywood producers, and the music industry, who want to enforce draconian intellectual property laws aimed at protecting the incumbents of the industrial age. On the outcome of this strife depends how our economy will evolve over the next decade. So far, it seems that peer-to-peer production of non-proprietary knowledge continues to make advances, yet reversals are always a distinct possibility.

Conclusion

Private property rights have come to be equated with free markets and triumphant capitalism. This is so because in the industrial age, where a vast majority of goods and services are rival and exclusive, they play an important risk regulating function. Property rights allow for a corporate governance mechanism whereby output can be measured, most of benefits can be internalized, and some costs can be externalized. This allows for framing collective action as a positive sum game, making cooperation possible and desirable.

In an economy dominated by the creation of knowledge, culture, and human meaning, property rights are less important because the costs of creating public goods cannot be easily externalized, while its benefits cannot be easily internalized. The most efficient system in this case is one in which both externalization and internalization rely on reciprocal altruism, an instinct deeply ingrained in our human nature by millions of years of natural selection. Reciprocal altruism - as a foundation of our economy, not only of our morality - makes the mediation provided by money less significant. Moreover, since human capital is the most important production factor, any attempt to enforce draconian ownership rights, or to separate ownership from control amounts to nothing less than an interference with the right to self-ownership. The truth glaring before our eyes is that self-ownership, not private ownership is the most fundamental right on which both our freedoms and capitalist system ultimately depend.

References

1. Axelrod, Robert, *The Evolution of Cooperation: Revised Edition*, Basic Books, 2006.
2. Axelrod, Robert, *The Complexity of Cooperation: Agent-Based Models of Competition and Collaboration*, Princeton University Press, 1997.
3. Axelrod, Robert and W. D. Hamilton "The Evolution of Cooperation," *Science*, 211, 4489, (1981): 1390-1396.
4. Baker, George P., Michael C. Jensen, and Kevin J. Murphy "Compensation and Incentives: Practice Vs. Theory," *Journal of Finance*, vol. XLIII, No. 3, July, (1988): 593 – 616.
5. Barro, R.J. "Economic Growth in a Cross Section of Countries," *Quarterly Journal of Economics*, 106 (2), (1991): 407-443.
6. Bell, Daniel, *The Coming of Post-Industrial Society*, New York: Harper Colophon Books 1974.
7. Benkler, Yochai, *The Wealth of Networks*, Yale University Press, 2006.
8. Berle A. Adolf, and Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York: Macmillan, 1932.
9. Becker, Garry S., *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education*, Princeton: Princeton University Press, 1964.
10. Demsetz, Harold "The structure of ownership and the theory of the firm," *Journal of Law and Economics*, 26, 3 (1983): 75-390.
11. Demsetz, H., and K. Lehn "The Structure of Corporate Ownership: Causes and Consequences," *Journal of Political Economy*, 93, (1985): 1155-77.
12. Drucker, Peter (1999) *Post Capitalist Society*, Harper-Collins Publishers
13. Fama, Eugene "Agency Problems and the Theory of the Firm," *Journal of Political Economy*, 88, 2, (1980): 288-307
14. Fukuyama, Francis (1996) *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Free Press
15. Guiso, Luigi, Paola Sapienza, and Luigi Zingales "The Role of Social Capital in Financial Development," *American Economic Review*, 94, (3), (2008): 526-556.
16. Hart, Oliver, and John Moore (1988) "Incomplete Contracts and Renegotiation," *Econometrica* 56: 755-85
17. Hart, Oliver, and John Moore (1990) "Property Rights and the Nature of the Firm," *Journal of Political Economy*, 98, 1119-58
18. Jensen, M. and W. Meckling (1976), "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure," *Journal of Financial Economics*, 3, 305-360
19. Jensen, M. and K. J. Murphy (1990) "Performance Pay and Top-Management Incentives," *Journal of Political Economy*, 98, 2, 225-64
20. La Porta, R., F. Lopez-De-Silanes and A. Shleifer (1998) "Law and Finance," *Journal of Political Economy*, 106, 1113-55
21. La Porta, R., F. Lopez-De-Silanes and A. Shleifer (1999) "Corporate Ownership Around the World," *Journal of Finance*, 54, 471-517
22. Novaes, Walter and Luigi Zingales (2004) "Bureaucracy as a mechanism to generate information" *RAND Journal of Economics* Vol. 35, No. 2, Summer, 245-259
23. Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 1971.
24. Rajan, Raghuram and Luigi Zingales "Power in a Theory of the Firm," *Quarterly Journal of Economics*, 113, (1998): 387-432
25. Rajan, Raghuram and Luigi Zingales, "The Governance of the New Enterprise" in *Corporate Governance X*. Vives ed., Cambridge University Press, p. 201-227, 2000.
26. Ritzer, George (2007) *The Coming of Post-Industrial Society*, Second Edition, New York: McGraw-Hill
27. Samuelson, Paul A. . "The Pure Theory of Public Expenditure," *Review of Economics and Statistics*, 36, (4), (1954): 387-389.
28. Shleifer, Andrei, and Robert Vishny "Large Shareholders and Corporate Control," *Journal of Political Economy*, 94, 1986: 461-488.
29. Shleifer, Andrei, and Robert Vishny, "Politicians and firms," *Quarterly Journal of Economics*, 109, 1994: 955-1025

30. Shleifer, Andrei, and Robert Vishny (1997) "A Survey of Corporate Governance," *Journal of Finance*, 52, 737–83
31. Schultz, Theodore "Investment in Human Capital," *American Economic Review* 51, 1961: 1–17.
32. Smith, John Maynard, *Evolution and the Theory of Games*, Cambridge University Press, 1982.
33. Southern, Robert W., *The Making of the Middle Ages*, Yale University Press, 1961.
34. Stiglitz, Joseph E. (1999) "Knowledge as a Global Public Good" in *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, I Kaul, I Grunberg, and M.A. Stern (eds.), New York, Oxford University Press
35. Trivers, Robert. L. The evolution of reciprocal altruism. *Quarterly Review of Biology*, 46, (1971): 35-57
36. Weber, Max *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, Routledge, 1987.
37. Weber, Max *The theory of social and economic organization*, New York : Free Press of Glencoe, 1947.
38. Williamson, Oliver *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York: The Free Press, 1975.

ENDOGENOUS GROUP FORMATION AND MONITORING

Hu ZHANG*
Weiyang ZHANG*

Abstract

This paper is an attempt to explore the determinants behind various group formations. We show that the group formation depends on the efficiency of information transmission. In our point of view, the optimal grouping structure should minimize the distortion induced by the informative imperfection so that it is easiest to sustain the cooperative equilibrium.

Keywords: *Grouping structure, Peer Monitoring, Intermediary, Information, Repeated Game*

Introduction

In the real world, there exist various economic, ethnic and tribal divisions. For example, ancient Greece once was a collection of poleis. Ancient Rome divided its territory into different provinces. And Chinese political division has experienced the transition from system of Enfeoffment to Province. One may wonder what determinants work behind so many different grouping structures. Unfortunately, we cannot directly find the answer from the existing economic theories. Only a few papers have mentioned this issue. Dixit (2002), for example, once pointed out that the consideration of endogenous structure may be an extension to his model. But he didn't give the specific analysis and further explanation. Obviously, grouping structure is an important but neglected topic.

This paper is an attempt to explore the diversification of grouping structures by an infinitely repeated matching game. In our opinion, the optimal group division structure should minimize the distortion induced by the informational imperfection. Here we assume that the members within a group own inside information, who can disclose the miscreant actions she observed to show her innocence. Besides, there is also public information which can be observed by a trustworthy intermediary. These two types of information constitute the information transmission mechanism. The specific grouping structures will determine the efficiency of peer monitoring and public signal transmission. Since the rule of information transmission mechanism varies across different situation, it requires different optimal grouping structures.

This paper is organized as follows. In Section 2, we review the relating literatures. In Section 3, we build a model by assuming that the payoff might vary each period. Under this condition, we find that the information transmission mechanism does affect the formation of grouping structure. In Section 4 we conclude.

Literature Review

Now let's explain how our work is connected with existing models to the notion of stereotype. The first one is matching game theory which has rapidly developed since the pioneering work of Rosenthal (1979). Kandori (1992) once built a two-group matching game, in which each player can only be matched with another one from the opposite group. Ellison (1994)

* The Central University of Finance and Economics, China

** Weiyang ZHANG, Peking University, China (jameshall@163.com)

loosed this constraint and extended the model to a randomly matching game, which convention is followed by our model. The literature referring to grouping problem includes Genicot and Ray (2003) analyzed the insurance market structure; Lester(2005) discussed the trade-off between increased scale benefit and monitoring deficit based on Dixit(2003)etc. All of their works can be regarded as direct inspiration to us.

Secondly, we assume that there is an informative intermediary, based on the work of Milgrom et al (1990), Greif et al (1994), Greif (1989), (1992)-(1994). The intermediary receives and sends out signals. Besides, following Banerjee et al (1994), Besly and Coate(1995), Aghion and Gollier(2000) and Che and Yoo(2001), we also allow peer monitoring to work in our model. Both peer monitoring and public signal constitute information transmission mechanism.

Furthermore, we establish a model of a repeated game based on the folk theorem's logic. After the work of Friedman (1971), Auman and Sharpley (1976), Rubinstein (1979), Fudenberg and Maskin (1986) systematically concluded folk theorem with perfect monitoring. On the other hand, the imperfect (public) monitoring folk theorem was developed by Green and Porter(1984), Abreu Pearce and Stachatti (1990) and Fudenberg, Levine and Maskin (1994), etc. Following the above ideas, our model in this paper belongs to imperfect monitoring with public and inside signals.

Endogenous group formation and monitoring

In this section, we demonstrate the role of grouping structure by a repeated game with discrete time and infinite horizon. The population of players is $2N$ which can be freely divided into $2N/n$ groups¹. At the beginning of each period, players are randomly matched into pairs. After the matching, the players choose to work or shirk. The player cannot discern the identity of her opponent in each period. Moreover, players cannot distinguish the two types of stage games in history since there are two different types of payoff matrices: with probability $1-z$, the two matched players will face a stage game of prisoner's dilemma shown by Figure 1; with probability z , they will get h_t independent of their actions². The random variable h_t follows a distribution of F with a density function f from w to $+\infty$.

		Player 2	
	Work		Shirk
Player 1	Work	w, w	$-h_t, h_t$
	Shirk	$h_t, -h_t$	$0, 0$

Figure 1

In each period, if one player shirked, with probability $x\alpha(n)$, the other members within her group can observe the miscreant action. Suppose there is a monitoring intermediary, which will receive and send out the signals. Each player can freely decide to disclose the miscreant action to the intermediary after she observes it. Afterwards, if only one member in a group shirked, then with probability $y\beta(n)$ which is independent of $x\alpha(n)$ given n , the intermediary can observe

¹ Once the grouping structure is formed, it cannot change during the process of the matching game.

² This can be regarded as a noise.

the action directly. Here $x, y \in [0, 1]$. They are independent of the structure design n , standing for the current level of the current monitoring technology. And $\alpha(n), \beta(n)$ are the variables affected by the grouping structure. To simplify, we suppose neither players nor the intermediary can lie. At the end of each period, the intermediary declares all the results it has observed.

Assume that neither α nor β is zero. Moreover, for any $n \in S$, the p.d.f. of h , $f(\cdot)$ satisfies: $f(w) > \frac{(1-\delta)}{(1-z)\delta} / [1 - (1-x\alpha)(1-y\beta)]$. According to the above assumption there is at least one fixed point in the interval $[w, \infty)$, which satisfies the following equation:

$$h(n) = w + \frac{(1-z)\delta w}{1-\delta} \int_w^{h(n)} f(h) dh [1 - (1-x\alpha)(1-y\beta)].$$

Intuitively, the larger the value of h is, the harder it is to achieve cooperation in the stage game³. Define \bar{h} to be the largest fixed point, which can be regarded as the largest scope to sustain a cooperative equilibrium.

Proposition 1. For any x , there is a value $\underline{y}(x)$. When $y \leq \underline{y}(x)$, the optimal structure $n^* = \arg \max \alpha(n)$. Similarly, for any y , there is a value $\underline{x}(y)$. When $x \leq \underline{x}(y)$, the optimal structure $n^* = \arg \max \beta(n)$.

An intuitive explanation of Proposition 1 is that if the between-group information is too blurred, the optimal structure will be decided by how to optimize the within-group information. On the contrary, if the within-group information is too unclear, the optimal structure will be decided by how to optimize the between-group information. According to the above statements, we can also get the following result.

Proposition 2. The optimal solution n^* is only determined by α, β, x and y .

From the above proposition we can see that there might be various structures due to different α, β, x and y under different circumstances. Hence there might appear a monopoly, oligarch or competitive market across various industries.

Conclusion

In this paper, we analyze the optimal structure arrangement with a repeated game model, where the payoff is not fixed in each period. We investigate the effect from the within- and between-group technology. Moreover, we also find that the optimal structure is determined by the monitoring technique and grouping structure. Such results can explain why there are so many different grouping structure in the real world.

The extension to this paper might be the following direction. 1) Endogenizing the matching rule instead of randomization following the work of Ghosh et al (1996). 2) Considering the adverse selection problem to discuss how the heterogenous individuals would form the optimal structure.

³ Formal explanation is given by Proposition 2.

References

1. Abreu, Dilip, David Pearce and E. Stachetti, "Towards a theory of discounted repeated games with imperfect monitoring," *Econometrica* 58, (1990): 1041-1064.
2. Aghion, Beatriz Armendariz de and Christian Gollier "Peer Group Formation in An Adverse Selection Model", *Economic Journal*, 110,(2000):, 632-643.
3. Alchian A. A. and H. Demsetz, "Production, Information Costs and Economic Organization" *American Economic Review* 62, (1972): 777-795.
4. Auman, R & Sharpley, "Long-term Competition-A Game Theoretic Analysis", (1976):Working Paper
5. Banerjee, A, Besley, T and Guinname, TW "Thy Neighbor's Keeper: the Design of a Credit Cooperative with Theory and a Test," *Quarterly Journal of Economics*, 109, (1994): 491-515.
6. Che Yeon-Koo and Seung-Weon Yoo, "Optimal Incentives for Teams," *American Economic Review*, (2001): 525-541.
7. Dixit, Avinash, , "On Modes of Economic Governance", *Econometrica*. 71, (2002): 449-481
8. Dixit, Avinash, "Trade Expansion and Contract Enforcement", *Journal of Political Economy*. 111, (2003): 1293-1317.
9. Ellison, G, "Cooperation in Prisoner's Dilemma with Anonymous Random Matching Game," 61, (1994): 567-588.
10. Friedman, J, "A Noncooperative Equilibrium for supergames", *Review of Economic Studies*, 38, (1971):1-12.
11. Fudenberg, Drew, David Levine and Eric Maskin, "The Folk Theorem with Imperfect Public Information", *Econometrica*, 62, (1994): 997-1039
12. Fudenberg, D,& Eric Maskin, "The Folk Theorem in Repeated Games with Discounting or with Incomplete Information", *Econometrica*, 54, (1986): 533-556.
13. Genicot, A and Ray, D "Group formation in sharing arrangement", *Review of Economic Studies*,70(2003):87-113.
14. Ghosh, Parikshit and Debraj Ray, "Cooperation in Community Interaction Without Information Flows", *Review of Economic Studies*, 63, (1996): 491-519.
15. Green, E. J. and R. H. Porter, "Non-cooperative Collusion Under Imperfect Price Information," *Econometrica*, 52, (1984): 87-100
16. Greif, Avner, "Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence on the Maghribi Traders," *Journal of Economic History*, 49, (1989): 857-882.
17. Greif, Avner, "Contract Enforceability and Economic Intermediary in Early Trade: The Maghribi Traders' Coalition." *The American Economic Review*, 83, (1993):525-548.
18. Greif, Avner, "Culture Belief and the Organization of Society," *Journal of Political Economy*, 102, (1994): 912-950.
19. Lester A, "Trade and the End of Trust", (2005) Brown University, Working Paper.
20. Kandori, Michihiro, "Social Norm and Community Enforcement", *Review of Economic Studies*, 59, (1992):61-80.
21. Matsushima, Hitoshi, "Efficiency in Repeated Games with Imperfect Monitoring," *Journal of Economic Theory*, 48, (1989):428-442.
22. Rosenthal, R. "Sequences of Games with Varying Opponents," *Econometrica*, 47, (1979): 1353-1366.

SWITCHING FROM THE GLOBALIZATION OF MARKETS TO THE GLOBALIZATION OF PRODUCTION AND SERVICES IN A SEMIGLOBALIZED WORLD

Serghei MĂRGULESCU *
Elena MĂRGULESCU **

Abstract

The retrospective of the theoretical approaches of the phenomenon of economic globalization in the last three decades emphasizes the movement of attention from the globalization of markets, from the '80s, to the globalization of production and services in the current decade. This trend is essentially the result of implementing new strategies by multinational companies. It also requires accepting the idea that the current status of the world economy is in reality one of semiglobalization and not of complete globalization. We try in this context to draw a line between the "globalization of markets" and the "globalization of production and services" and to adjust the typology of multinational companies to these realities. A feature of the globalization of production and services is the implementation of the arbitrage strategy in respect of one or more production factors. But the "globalization of production and services" gains a new content due to the new possibilities offered by the "modularization" of production. Following, the arbitrage strategies began to address new factors, as for example the "functions" of production resulting from the restructuring of the value chain of a "product" in its broadest sense (from conception to postsales analysis). We believe that, in the context of the emergence and development of the globalization of production and services, it is the time to define a new category of world economy players, the category of the "globally integrated company / business ". Within this new framework, the company strategies acquire features that exceed the classic approach and have to be thatfore analyzed distinctively.

Keywords: *semiglobalization, globalization of markets, globalization of production and services.*

Introduction

Historically, comparisons are made between the first globalization (1870-1914) and the second globalization (postwar and especially since the '80s) and it argues that the world economy reached only in the 80s the same high levels in terms of capital mobility, foreign direct investment (FDI) and trade which were specific to the first globalization, but with the difference that freedom of immigration is not at the levels of that time. While labor migration has played a major role in the first stage of globalization, in the second, the effects of globalization mainly result from the reorganization and relocation of production.

If you look at economic globalization as a process of acceleration of the world economy and of the national economies, leading to the unification of international markets and creating a global market (Suzanne Berger, 2006), then globalization today is the result of political, economic and technological shocks that synchronized and mutually strengthened in the early '80, which led to substantial restructuring of the manufacturing process. Once China began in 1979 to open the economy to the west and the Berlin Wall collapsed in 1989, the most powerful political barriers to trade and capital mobility have been dismantled. An important role also played the policies of the industrialized countries towards the liberalization of capital markets and the elimination of barriers in international trade.

* Professor, Ph.D., Economic Sciences Faculty, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest (margulescu@univnt.ro)

** Associate professor, Ph.D., Economic Sciences Faculty, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest.

We must also mention another very important element of the current globalization process namely the accession to the status of competitors of developed countries by a growing group of developing countries. If poor countries in the past exported food products and natural resources, currently over 70% of total exports of goods of these countries is represented by manufactured products, and the share of developing countries in the world merchandise trade amounted to about 1 / 3 of world trade.

Specific to this new stage of globalization is the complexity reactions (positive and negative) caused by the moving of the focus from the globalization of markets to the globalization of production. We will turn back to this subject after introducing an element of moderation of excessive optimism or concern admitting, as supported by Pankaj Ghemawat¹, that the current status of the world economy is one of semiglobalization.

Switching from "the globalization of markets" to "the globalization of production and services" in a semiglobalized world.

Pankaj Ghemawat is trying to temperate fears and apocalyptic scenarios of the immediate effects of globalization and makes a table of the degree of internationalization on 10 representative types of activities. Thus, in 2004 seven of them were below 10%, respectively: the use of telephony, the share of immigrants, the share of foreign students, share of foreign-linked research (in the management), international private aid, the share of FDI (in gross fixed capital formation) and international tourism. Only three activities have exceeded the threshold of 10%, namely the share of patents of inventions with a component of international cooperation (15%), investments on international stock markets (about 15%) and the share of international trade in world GDP (about 27%) . Other two components, not easily quantifiable, can be also added: the internationalization of data traffic on the Internet, put by the most optimistic estimates slightly below 20% and the internationalization of IT services (considered to be representative in the context of the recent characteristics of globalization), estimated at 2% of the total potential market or at 11% of the current market (as a share that may be the subject of offshoring).

These data prove that the semiglobalized status of the current markets is important also beyond the social and political issues. It is, in particular, the strategies that companies with international vocation are bound to adopt. The acceptance of the semiglobalized status lead to the fact that firms can not achieve success in business decisions based solely on the "country-by-country" or the "valid for all countries" strategies. The potential success of strategies in the last category would had shown that the differences between countries and regions do not play anymore a sizable role because they were brought to a common denominator by homogenization of national markets and their absorption in the broader patterns of global markets.

Differences between countries are still important in developing and optimizing the external strategies while the gravitational theories of trade and other forms of international economic interactions maintain good measure of their validity. There is a direct correlation between these activities and the economic size of countries involved, but also inversely proportional correlation to the physical or non-geographic distances. The similarities between countries, reflecting the reduction of non-geographical distances between them was, for example, measured by Pankaj Ghemawat and Rajiv Mallik² on five components whose estimated effect on bilateral trade is expressed as a percentage in parenthesis:

- Common language (42%)
- Joint regional trade bloc (47%)
- The former colonial affiliation (188%)
- Common currency (114%)

- Common land border (125%)

This would involve a volume of trade between two countries enjoying all five similarities 29 times higher ($1.42 \times 1.47 \times 2.88 \times 2.14 \times 2.25$) than between two countries with no similarity. A good example is the integration into an economic agreement like NAFTA. If in 1988, before drawing this Agreement, trade between Canadian provinces was 20 times higher compared to the volume of trade with U.S. states of the same size and located at the same distance, the appearance of NAFTA reduced the intranational trade / international trade ratio (the internal market effect) to 10 / 1 in the middle of the 90's to about 5 / 1 in 2005.

It should be noted that the internal market effect does not disappear, as it can be expected, and if for merchandise trading is situated at about 5 / 1, it is several times greater in the case of services.

The effect of distance, both geographical and non-geographic, was confirmed also in relation with other forms of economic interaction (other than trade), a larger negative impact being detected in the FDI, stock exchange transactions, patents trade and e-commerce transactions. In addition, analysis of a number of 19 independent statistical studies highlighted that, overall, the distances effect has not decreased significantly during the twentieth century³.

But we believe that the last century marked an already statistically visible decline of the geographical and non-geographical distances effect due to a number of more sustained developments in the political and economic area and also in the modularization processes and offshoring of production of goods and services.

Once demonstrated the importance of the principle of taking into consideration the effect of distance in the analysis of the globalization strategies of companies, we should mention that there are some useful tools in the conduct of a "country analysis". The classical components of these tools are focused either on the unilateral attributes of countries or on the multilateral ones. In the first category we find the competitiveness index published by the World Economic Forum, covering areas such as finance, technology, manpower, management and institutions.

To the second category belong the liberalization indexes relative to the customs duties, tariffs and other barriers that measure the administrative distances between a country and the rest of the world.

But these types of instruments are not appropriate in revealing certain aspects of the differences or, in other words, are insufficient in revealing the bilateral dimensions of the "distances" between countries. One of the specialists in globalization that became aware of this insufficiency was Pankaj Ghemawat who proposed a model of analyzing the bilateral "distances" between countries.⁴

The model proposed by Pankaj Ghemawat is called the CAGE model, because it takes into account Cultural, Administrative, Geographical and Economic distances. It can be used at the country level, but its usefulness is most consistent at the industry level. Without insisting, we mention that the CAGE model applied to industry can be used to a wider range of applications, including:

- viewing the differences between countries
- understanding the competitive disadvantages of foreign firms to the local ones,
- comparative analysis of foreign competitors,
- comparisons of markets,
- ranking of countries according to the "distance effect".

However we have to mention that the idea of overcoming, in the conceptualization of external strategies, of the pure physical or geographical distance, and replace it with a broader concept, that of the "mental" distance, is not new. Since 30 years now Johaansson Jan and Jan-Erik Vahlne⁵ suggested that any company that wants to go internationally should focus

primarily on the countries with the smallest "physical" distance, that is the smallest "distance between local market and foreign market, resulting from the perception and understanding of the cultural differences and the business environment.

The retrospective of the theoretical approaches of the phenomenon of economic globalization in the last three decades, which of course is trying to understand and define the realities of the world economy, emphasize the movement of attention from the globalization of markets, from the '80s, to the globalization of production and services in the current decade. This trend, which we will deal with in this paperwork in order to elucidate, as much as possible, its actual content, and consequently, the phenomenon of economic globalization, is in essence the result of implementing new strategies by the TNC. The attempt to define the economic globalization must be based on the understanding of the diversity of the global strategies of the companies and mutations that occur in this matrix.

The globalization of markets lexically abbreviates a set of TNC strategies that are primarily aimed to exploit the similarities between countries as a source of added value. Differences between countries, whether of cultural, administrative, geographic or economic nature, are addressed in these strategies as a set of constraints that need to be overpassed.

Depending on the nature and extent of these constraints we can draw a line between two extremes:

a) a limited globalization of markets, in which "distances" between countries exist and are significant, justifying the emphasis put by companies on strategies of adaptation to the characteristics of each market;

b) an extended globalization of markets, characterized by a significant reduction or even disappearance of the "distances" between countries, which brings to attention the aggregation strategies that enable companies to achieve significant economies of scale based on the international standardization of products.

In terms of the configuration of international integration development in the post-war period, namely of its enlargement along all its economic coordinates, but without reaching the stage of complete global integration, the historical stage in which we stand is, in fact, one of semiglobalization as we defined this concept in the previous module. The immediate implication of this economic reality on the strategic behavior of the TNCs is the effort to put together, for almost each case, a specific mix of AA (Adaptation / Aggregation) type strategies. The literature in the field of global business strategies has put enough emphasis on this mix during the past decades.

Two assertions made with a gap of 23 years between them, seem to be of special interest in this context. First of them belongs to Ted Levitt, who made the following comments in its well-known book "The Globalization of Markets"(1983):

"The globalization of markets is the issue today. Thus, the multinational commercial world is close to its final days and the same can be said about the multinational corporation... The multinational corporation operates in several countries and adapts their products and processes in each, with corresponding high costs. In contrast, the global corporation operates with an absolute determination ... and sells the same products in the same way everywhere".

It is of interest in this statement, the vision of an impending fully integrated world in which the global strategy of the firm will inevitably confine to what we can shortly describe as "the same size for everybody." We see here an exaggerated emphasis put on the viability of the overall international standardization scenario, which is questionable even in terms of the achievement, in a future still impossible to define, of a complete global economic integration.

A recent attempt to redefine the company within the trends of the globalization of production and services belongs to the president of IBM, Sam Palmisano which, in his article "The

Globally Integrated Enterprise" published in 2006 in Foreign Affairs, states that: "The multinational corporation at the end of the twenty-th century has few things in common with the international companies from a century ago, which, in turn, were very different from large commercial companies from the XVIII-th century. The type of business organization which is currently emerging, namely the globally integrated enterprise, represents a leap as significant as that.

We have to mention that Sam Palmisano noted the emergence of this new type of "enterprise" which involves an innovative and integrating approach, in the context in which it was estimated that only between the years 2000-2003, foreign companies have massively relocated their production to China, founding there around 60,000 factories, and IBM was, too, looking for a strategic response to this phenomenon.

In relation to these trends, we can make the following clarifications:

1. First, it is logical to locate ourselves with Ted Levitt's assertion in the period of the "globalization of markets" and of the prevalence of strategies mixing adjustment with aggregation. Also, we should not fall in the extreme of considering the period of "the globalization of markets" as an outdated historical period. Even now, most MNC are guided by strategies that aim to eliminate the constraints induced by the "distances" between countries. They have not yet connected to the new valences offered by the strategies of production or services globalization, with which they coexist in the last decade. Thus, in the case of companies situated in the perimeter of the strategies belonging to the "globalization of markets", we consider that the following terminology can reflect more appropriate a certain reality:

a) "MNC" – when the globalization of markets is limited and the company's strategy is inevitably constrained to a national adaptation. The company is "multinational" because it acquired, with the adaptation to national specificities of the host country, "n" national dimensions.

b) "Global company" which, unlike MNC, is until now a fiction to the extent that you can not speak, even at regional level and even less worldwide, of an extensive and complete globalization of markets. Only the complete aggregation of markets will make the notion of "global company" meaningful (when, stressing again, we analyze things in terms of the globalization of markets strategies).

c) "MNC ongoing globalization" or "semiglobalized companies" for the case in which companies have implemented strategies of markets aggregation, exploiting similarities (of one kind or another) of some markets, most often on the regional level. Current conditions do not allow yet a world aggregation of markets. Many companies simultaneously practice strategies of adaptation on some markets and strategies of aggregation on other markets. Their terminological place is however in this third category.

2. Secondly, we have to delimit conceptually the "globalization of markets" from the "globalization of production and services" because we believe that one can insert more reasonable the types of the globally integrated companies within the latest form of globalization.

The globalization of production and services expresses essentially those company strategies meant to exploit the differences between countries, addressing to these national features as to opportunities of realizing added value and not as to constraints to be overpassed. The difference of approach is obvious and, in order of making clearer the need of customizing the business strategies to the two dimensions of current economic globalization, we propose the following definitions:

a) The strategies of market globalization involve the realization of a product in other countries, depending on the particularities of demand and exploiting, as much as it is possible, the similarities between markets in respect of demand.

b) The strategies of production and services globalization involve an international value chain structuring based on the particularities of the production factors supply on the international market.

A feature of the globalization of production and services is the implementation of the arbitrage strategy in respect of one or more production factors (including also the "production" of services) such as labor, capital, innovation, the cost of a "function" resulted from the process of "modularization" or the cost of assembling a number of negotiable "functions".

The arbitrage of "traditional" factors of production (cost of labor or capital) is not a new strategy, but its magnitude is remarkable lately. Recently, the arbitrage strategies began to address new factors as for example the "functions" of production resulting from the restructuring of the value chain of a "product" in its broadest sense (from conception to postsales analysis).

The strategies of companies are shaped for some time in a AAA mix (Adaptation / Aggregation / Arbitrage) but, in our opinion, the "globalization of production and services", as part of the phenomenon of economic globalization, gains a new content due to the new possibilities, that did not exist until recently, offered by the "modularization" of production. Therefore "the globalization of production and services" is addressed in recent literature as a new phenomenon in field of globalization, or as a new dimension of the phenomenon of economic globalization. Within this new dimension, the company strategies have to be analyzed distinctively.

3. In the context of the emergence and development of the globalization of production and services it is time to define a new category, the category of the "globally integrated company / business", with the following specifications:

- the term "integrated" is new in the terminological field related to companies involved only in "the globalization of markets" or in "the globalization of production and services, but based only on traditional factors. It reflects the integration in a certain formula of the value chain components of a "product". The integration of these components may be national, but the international integration is that which enables the obtaining of absolute yields from the international specialization in place at that time;

- the use of the alternative: globally integrated company **or** business is absolutely necessary in the light of the strategies involving the internalization or outsourcing of the value chain components. When at least one component is outsourced it seems more appropriate to use the category of "globally integrated business" (which soon will be certainly placed among economic categories);

- the term "globally" indicates here the distribution of the realization of the value chain components that define a "product" in at least two countries (without involving the connotations associated with the global or semiglobalized companies in the field of markets globalization strategies).

Conclusions

The globalization of markets consists of a set of strategies pursued by the TNCs that aim primarily to exploit the similarities between countries as a source of added value. Differences between countries, whether of cultural, administrative, geographic or economic nature, are addressed in these strategies as a set of constraints that need to be overpassed.

The strategies of the production and services globalization involve an international value chain structuring based on the particularities of the production factors supply on the international market.

A feature of the globalization of production and services is the implementation of the arbitrage strategy in respect of one or more production factors.

But the "globalization of production and services", as part of the phenomenon of economic globalization, gains a new content due to the new possibilities that did not exist until recently, offered by the "modularization" of production.

Following, the arbitrage strategies began to address new factors, as for example the "functions" of production resulting from the restructuring of the value chain of a "product" in its broadest sense (from conception to post-sales analysis).

We believe that, in the context of the emergence and development of the globalization of production and services, it is the time to define a new category of world economy players, the category of the "globally integrated company / business ". Within this new framework, the company strategies acquire features that exceed the classic approach and have to be thatfore analyzed distinctively.

References

1. Pankaj Ghemawat, *“Redifining Global Strategy”*, Harward Business School Press, Boston, Massachusetts (2007): 10.
2. Pankaj Ghemawat and Rajiv Mallik, *“The Industry-Level Structure of International Trade Networks: A Gravity-Based Approach”*, working paper, Harvard Business Scool, Boston (2003).
3. Pankaj Ghemawat, *“Redifining Global Strategy”*, Harward Business School Press, Boston, Massachusetts (2007): 235.
4. Pankaj Ghemawat, *“Redifining Global Strategy”*, Harward Business School Press, Boston, Massachusetts (2007): 33.
5. Jan Johanson and Jan-Erik Vahlne, *“The Internationalization Process of the Firm: A Model of Knowledge Development and Increasing Foreign Market Commitments”*, Journal of International Business studies 8” no.1 (1977): 22-32.

THE REDEFINITION OF THE REFORMISM – THE RIGHT ANSWER TO THE GLOBALIZATION DEFIANCE

Alexandru OLTEANU*
Mădălina Antoaneta RĂDOI**

Abstract

The purpose and the objectives of the present work start from the fact that the modern view on “global issues”, including the redefinition of the reformism are claimed from the interest which they stand for all that influences in a direct manner the social-economic and political life of the nations, the material prosperity and the spiritual progress of all the society members, regardless to source factors of these actions or process, nowadays together and in the same time in our contemporaries’ consciousness, the rapport cause and effect getting a sense of the issues of the human civilization, which claims an exclusively multi and interdisciplinary approach.

Keywords: *globalization, the reformists, the modernizers, the overcome of the nation, state frontiers development, national sovereignty erosion, economic coagulation*

Introduction

We find ourselves in times in which we equally need integrative syntheses and holistic visions, and especially the redefinition of the reformism as the right answer to the globalization defiance.

This thing imposes itself under the conditions of severe global matters – economic and financial – with which the worldwide economy, especially the evolved economies, is confronting.

We must remember that the complexity is increased, which imposes a reorganization of the perspective, especially of the tools we operate with. The seriousness of the global matters is increasing as they are being approached under traditional terms, in the perspective and with the tools used in the past. The understanding and the mastering of the present day complexity of the globalization and of its contagious effect over the global economy, demands in a necessary way an understanding of the matters, new concepts, new paradigms and new options.

A great number of articles from the reference literature treats in a responsible manner that the human race has never faced such complex aspects, hard to solve and even dangerous.

Literature review

The reference literature approaches at multiple levels the globalization issue and the complexity of the problems it arises. Such approaches can be found at: Jean Jaques Sevan-Schreiber in his book “The American Defiance”; Francois Perroux in his article “Le desarmement et la d’estabilisation de l’economie de marche”; Hans Peler Martin and Harold Schuman in “The Globalization Trap”; Jean-Luis Macchiavelli in “Multinationales et mondialisation”; Waqet Isabelle in “Crises et les politiques economiques” etc.

* Professor, Ph.D., Dean of the Economic Sciences Faculty, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest (margulescu@univnt.ro).

** Ph.D., Economic Sciences Faculty, “Nicolae Titulescu” University, Bucharest.

The present work implies a debate of the reformism redefining need as an answer to the complex problems created by globalization and it is constituted a continuation of the issues approached by the author in articles such as “The Dimensions Of The Globalization And Its Impact Over The Financing-Banking Sector” (The Romanian American Study and Art Academy Congress from 2007); “ Monetary Policies. Connections and Influences over Globalization” (“Transition Management” International Preliminary Examination – Valahia University - 2006) etc.

THE REDEFINITION OF THE REFORMISM - THE RIGHT ANSWER TO THE GLOBALIZATION DEFIANCE

1. Reformism vs. Globalization

The economic policy of the last few years has been trying to answer to the increased globalization of the economy. The competition within the economic site was started, and the policy of the site has become a fashion in the last decade. The economic site from the great European countries is not able to cope with the competition, say the economic representatives. They state that the evolution has failed and great efforts have to be made in order to find new connections to the world economy. The international financial markets evaluate euro at a higher level, without reproaching the fact that they over evaluate euro at an even higher level.

For many years, no ceremony speaker has held a speech without emphasizing the perils of the globalization and without lamenting over the weak capacity of competing with the European economic placement. In the 60's Jean Jaques Servan-Schreiber published the book “The American Defiance”, received enthusiastically, in which he was drawing attention on the dangers which was coming from the American economy. There was the fear that great American companies would buy European companies. Today there is a fashion of the opposed phenomenon. Now we are worried that the American trusts and the companies from other countries invest too little in Europe. Today, it is said that the countries in which the foreign companies settle show a high degree of placement quality, while this is reduced in the countries from which they withdraw.

The European experts, led by interests in the economic placement – have discovered that besides the invasion of the yellow-Japanese ants, a new danger: this time from the Asian tigers – especially the Chinese who threaten the national economies of the west. This talk has silenced lately. The Asian tigers have considerable competition problems and can stop the deregulation of the national currency only with the help of the international community of the states. The International Monetary Found and the World Bank play the part of the firefighter. We have three guesses who will stand the consequences of these wrong evolutions of the business, real estate, credit fields, which can't be supported. Of course, not the ones who mistook should be made responsible alone for this. For those mistaken decisions, the contributors, the bank clients, the shareholders will be made responsible.

The present day worldwide financial problems - USA, Europe, Asia – and the part played by the International Monetary Found prove once again that the neoliberal of the deregulation is not a panacea. There is no doubt that the financial markets are globalized. But the hope that many experts sill have in the free circulation of capital and in the flexible exchange rates have not become true. The international financial markets don't need deregulations; on the contrary, they need regulations. The Bretton-Woods Committee chaired by Paul Volcker, the former president of the Emission American Bank, made proposals in this respect. The quotation international stag, George Söros doesn't get tired to ask for a regulation of the international markets in order to speculate.

The globalization talk and the economic placement in Europe generated into a quarrel with meaningless slogans. Not only did they ask to supplant the regulations demanded by the neoliberals, but before everything the decrease of costs. It is stated that, at the increasing of the global economy, the national economies can answer only with a competition for the lowest taxes on enterprises, salaries, social services and reduced employees rights.

The supporters of the decreasing of the costs in Europe pretended for a long time that they are the “reformers” and the ones who “modernize”. In the past, the Europeans understood by reform, judgments of the legislative, who were in favor of the people. After the reform, many people led a better life. In the official document, entitled “New Global Age”, OECD underlined “the energy which creates wealth of the economic system market oriented of the 20th century”. This is the march from the social market economy towards the mass poverty. This could be the dream for every society which knows less wealth and freedom and which sees in unemployment a fate caused by their own mistakes. There is no wonder therefore the fact that no association of the employers in Europe is so stubborn to see the unemployment cause as being in the social carrying and protection labor measures, as the OECD specialist do, who, at their turn, have their headquarters in the elegant Arrondissement 16 from Paris, having safe jobs, very well-paid and favored by taxes. It’s time the reform concept were given the original meaning. People must connect to the reform concept, to the political and social changes which can offer them bigger chances and grater life standards. The participation of the employees at the productive wealth is, for example, a reform which has to be done in years. The ecological renewal of the tax system is another reform which we need to enrich the living standards of the future generations. The ease of the great tax work is another reform needed to be able to offer more jobs. The increase of the amount offered for mothers to raise the children is another reform expected by many Europeans. But not only that the supporters of the wrong teaching about the competition for the cost decrease are named reformers, they are also named modernizers. The meaning of the concept modernization is changed in its opposite. In Europe, the idea of modernity is connected to the idea of illuminist philosophy. In the centre of the illuminist philosophy is the idea of individual freedom of each individual. The illuminist philosophy was based on the French revolution under the slogan Liberté, Egalité, Fraternité. The freedom, the chance equality and solidarity are, according to this philosophy, the background of a modern society. Modernity must bring each individual a certain maximum degree of freedom, equality of chances and social solidarity. The concept of modern doesn’t match with the reduction of the employees’ rights, with the decreasing of the social facilities, with the decreasing number of work training. The concept of modern is situated at the opposed pole towards the neoliberal doctrine. This fact isn’t changed by the fact that supporters of the neoliberal ideas are called modernizers and reformers. In their attempt to accomplish their political aims, the modernizers and the reformers among the conservatives have to face a contradiction which cannot be solved. The market liberalism, which was wrongly transfigured with the “reform” or “modern” label, can lead to the destruction of the traditional values and structures, which for the conservatives worldwide represented the background of their activity. The demand of a free mobility of the employees or of unlimited weekend work destroys the family. The social disintegration and the loss of the work place lead to despair, drug and alcohol addiction. The fact that the party representatives announce that they are in fact the reformers, can be explained by a mistaken understanding of the concept of reform. At the global level it has been started the debate around the theme if the neoliberalism has the right answers for globalization. The main hypothesis which lays at the basis of the debate about globalization is false. We have globalized financial markets, but we also have goods regional markets, which means European or American markets in national economies, in a great amount closed. The theses according to which a billion Chinese people are waiting to put aside the European employer can be heard in

professors' lectures. This has the same intellectual quality as the password which, for decades, has been maintained in spite of the truth, according to which "The Russian is right in the doorway."

The most part of the employees from all over the world would like to find better work conditions in their countries. For this, we must help with a policy that can offer the other one a proper chance in competition, thus in the end to be able to help himself. And in this case a forced cost decreasing production policy can lead to severe damages. The one who seeks to push away from the market not only other companies, but also whole nations, forces people to look for salvation in running away from their own country. This applies to Europe too. If we conquer external markets by salary dumping, we mustn't be wondering if the employees from these countries will soon be knocking at our door. Therefore, just in the European Monetary Union each of us should take action as much as we can afford. No one is allowed to demand a higher salary from what can be earned in his country, and neither a smaller one. The forced decreasing policy of the costs destroys, therefore, the European Monetary Union, because it forces the others to a deflationist sphere. The globalization is the most often used excuse for the failure of the European economy. And in this case, the numbers are without comment. Europe holds a record in what regards unemployment, the state dues and the indebtedness of the employees and of the employers with taxes and dues. The mistaken economic and financial policy follows the false belief that the national economies must react to the globalization through a competition regarding the decrease of the production costs. This is the central topic of the entire debate: we are not allowed to react at the increase of the independence of the national European, even worldwide economies by a competition for reduced salaries and social services, as well as for reduced taxes for companies and environment standards. This "downsizing" of the national economies is not the answer to a nation's globalization.

More and more state people from Europe admit that this competition for downsizing the costs is a mistake. Under the downsizing of the taxed venues conditions, all the European salaries cannot support the infrastructure needed to promote the increase and the occupability. Thus it is possible to take advantage of the favorable taxation in another country, but in the same time the use of the infrastructure in their country. This form of competition in the field of taxation should be regulated by international conventions, which means it should be avoided.

The market radicalism seduced some by attributing to the market the only primacy for the entire world community, in such a way that the question, how do we want to live, could get an answer just from the market. These under the term in which the School from Freiburg could already consider that "a necessary and strong state". A state which has to be able to "create a space for free competition and to impose a policy by promising to preserve this competition". The founder of this school was Walter Eucken. This economic doctrine was imposed in the times of Ludwig Erhard, promoted by the economy professor from Köln, Alfred Müller-Armack. Surprisingly, the ideal good of the school from Freiburg has been lost in a great amount lately. How else could we understand the fact that the demand for an international setting subordinated to the free competition had to face so many misunderstandings and rejections from those countries. In the same way how for the economists of the Freiburg school it is out of any discussion the fact that the market economy must be joined by a national coordinated setting, in the case of the increase of the Europeanization of the economy is a *sine qua non* thing, to demand for a setting European subordinated. It is also clear that for, in the case of the amplification of the globalization, to demand for a subordinated setting, valid for the entire world, in which free competition can develop. The global market radicalism is a world declaration made to politics. The claim for a subordinated international setting is, therefore, of international cooperation for: the settlement of the exchange rates; an installment policy oriented towards the stability and increase; a clear regulation of the financial tools; a budgetary policy oriented towards the occupation of the work

force; a correct policy of the taxes; a joint policy of the technologies; an international social carta; a global program against the destruction of the environment; a durable strengthening of the internal demand.

This international demand for cooperation is not an abandonment of the competition, but a premise for a free competition of the companies. Our argumentation doesn't oppose the competition for greater financial market stability, greater productivity, by using novelty and better products, but against absurd competition of the salaries, of the social welfare, of the environment standards and of the taxes over the venues brought by the capital. Few of them are new in their substance, if we remember the depreciation competitions of the currencies from the 20' and the 70' and their terrible end.

The right answer to globalization is a correct competitiveness on the financial markets regarding the productivity and the standards of the companies. We need a good education, good schools, good universities, good research institutes, good infrastructure when it comes to transportation on roads, railroads and data highways. We want the highest energetic productivity, because with a good environment technique, the country has greater chances to disserve the markets of the future. Europe has to be the best in the field of developing technologies of energy economy and in developing regenerative energies, due to the fact that the fissile resources are almost finished and the future generations will depend on the regenerative energies. If there is a global theme, then this is not of the competition of the economic setting understood in a mistaken way, but of the mission of the state community to leave to the next generations an environment in which it's worth living. In this case, the neoliberal credo doesn't apply. The deregulation of the financial standards and of the environment would be the last thing that would serve this purpose. We need European environment standards and, how the Conference from Rio, and the last one from Japan showed, a global understanding of the environment policy objectives, to be followed by the global state community. Only when the industrial states which are capable of globalization, could we stop the global process of environment destruction. The tool of the market economy to reach these objectives is the environment reform of the financial system, of taxes and dues. It will mark the right price signals and it will have as a consequence, a greater protection of the environment.

The increase of the energy productivity is a chance to create new work places, with the help of new technologies and of new production procedures. The very developed industrial societies already dispose of the technological knowledge and the financial means to put like in the environment reform. The responsibility is their in the first place. Unfortunately, The United States of America don't assume this responsibility. At the Tokyo meeting, regarding the climate, the USA detained taking the necessary decisions.

The lack of cautiousness regarding the rapid increase of worldwide economy destroys the ecologic system of the earth. In its last annual rapport regarding the earth's state, the Worldwatch Institute from Washington warned again regarding this phenomenon. The researchers from the institute demand, therefore, a total reorganization of the global economic system to stop the environment destruction. These changes never meant the giving up of the increase, explains the Lester Brown Institute manager; just a change of the ways of increase. A global task is that through education and training people would be able to face the challenges. The leaders of the USA and Great Britain led their last election campaigns under the motto: "education, education, education". The Anglo-Saxon concept of "education" is wider than the German one of instruction ("Ausbildung" – n.tr.). By "education" it is not understood only the value mediation. A society needs common values to be accepted. The neoliberalism led to the lost of common values. When Günter Grass said in Paulskirche that Germany degenerated in an economic setting, it is only then when he can be contradicted. The cohesion of a society cannot be mediated by company economic

values. The pure capitalism, the way Klaus Zwickel stated, the president of IG Metall, destroys the background of a civil society and endangers democracy. A democracy cannot have as a purpose the increase of the debts or the maximization of the share value. A democracy has as a purpose to allow all the people to participate equally at the political life. A new financial and economic policy serves this aim, which can place in the middle the fight against unemployment. This doesn't use globalization to make people feel fear. It sees in globalization a chance to increase the welfare of all the participants in a global economy. Such policy offers attention and motivation to all the employees, by their right to participate in taking decisions and co participate at the productive wealth. The neoliberals had a great contribution in eliminating the motivation among the employees.

Conclusions

To conclude, for a Europe of the reformed globalization, a policy productivity oriented is in the same time the stopper Europe needs after the introduction of the unique currency, Euro. The exchange rates which were used up to then, disappeared after the introduction of the unique European currency. The European neighboring countries cannot react by the depreciation of their currency at the ever rapid export excess. One of causes of the increased unemployment in Europe is the redistribution policy, practiced by the governments. Up down redistribution is not only a great social injustice, it also leads to a systematic weakness of the internal demand. Without a strong internal demand, the development situation won't start moving in Europe. The market cannot answer the question how we want to live together. Market economy is not a purpose in itself. It needs a state order. It should be submitted to people's needs. It solves this task with a strong effectiveness. Therefore, it would be wrong to submit economy to policy control. This is where the state socialism failed. But this market economy doesn't replace democracy. In Europe we are asked to focus on our humanistic and Christian traditions and to bring our contribution to a right global economic order. In the centre should be placed a new economic policy which should be focused on a bearable increase for the environment, on the workforce and which has as an ethical background human dignity.

The parliament of the global religions, The Council of the former state Presidents and the Ministers Councils announced, regarding this issue, two dicta. The first one: "Each person, no matter of sex, ethnical origin language, age, nationality or religion, has the obligation of treating the others humanly." And the second: "All the people endowed with reason and consciousness must assume, in the spirit of solidarity, responsibilities towards each person and everybody, towards the family an communities, races, nations and religions. What you don't want to happen to you, don't do to the others either."

References

1. Beck, Ulrich – “*What is globalization. Errors of globalism – answers to globalization*”, Trei Publishing House, Bucharest, 2003;
2. Brezezinski, Zbigniew – “*The great chess board. The American supremacy and its geostrategic imperatives*”, Univers Enciclopedic Publishing House, Bucharest, 2000;
3. Dinu, Marin – “*Globalization and its estimations*”, Economica Publishing House, 2004;
4. Friedman, Thomas L. – “*The lex and the olive tree. How do we understand globalization*”, Fundatia Pro Publishing House, Bucharest, 2000;
5. Fukuyama, Francis – “*Our post human future. The consequences of the biotechnological revolution*”, Humanitas Publishing House, Bucharest, 2004.
February, 2009

REDEFINIREA REFORMISMULUI – UN RĂSPUNS CORECT LA SFIDĂRILE GLOBALIZĂRII

Alexandru OLTEANU*
Mădălina Antoaneta RĂDOI*

Abstract

Scopul și obiectivele materialului pornesc de la faptul că, concepția modernă despre „problemele globale”, inclusiv redefinirea reformismului se reclamă de la interesul pe care îl reprezintă azi laolaltă și simultan în conștiința contemporanilor noștri tot ce influențează direct viața social-economică și politică a națiunilor, prosperitatea materială și progresul spiritual al tuturor membrilor societății, independent de sursa factorilor acelor acțiuni sau procese înruritoare, raportul dintre cauză și efect căpătând un sens de probleme ale civilizației umane, ce reclamă o abordare exclusiv pluri și interdisciplinară.

Cuvinte cheie: *globalizare, reformatorii, modernizatorii, depășirea națiunii, devalorizarea frontierelor de stat, erodarea suveranității naționale, coagulări economice*

Introducere

Ne aflăm într-o perioadă în care avem nevoie egală de sinteze integratoare și de viziuni holistice, dar mai ales de redefinirea reformismului ca un răspuns corect la sfidările globalizării.

Acest lucru se impune cu acuitate în condițiile problemelor globale grave – economice și financiare – cu care se confruntă economia mondială, dar mai ales economiile dezvoltate.

Trebuie să reținem că a crescut complexitatea, ceea ce impune o revizuire atât a opticii, dar mai ales a instrumentelor cu care operăm. Gravitatea problemelor globale se accentuează cu cât ele continuă să fie abordate în termeni tradiționali, în optica și cu instrumente utilizate în trecut. Înțelegerea și stăpânirea complexității actuale ale globalizării și efectelor de contagiune ale economiei mondiale, solicită în mod necesar o înțelegere a lucrurilor, noi concepte, noi paradigme și noi opțiuni.

Numeroase articole din literatura de specialitate tratează responsabil că niciodată omenirea nu s-a confruntat cu atâtea aspecte complexe, greu de rezolvat și chiar periculoase.

Stadiul cunoașterii în domeniu

Literatura de specialitate abordează sub multiple aspecte problema globalizării și complexitate problematicii ce o ridică. Asemenea abordări le regăsim la: Jean Jaques Sevan-Schreiber în cartea „Sfidarea americană”; François Perroux în articolul „Le désarment et la d'estabilisation de l'économie de marche”; Hans Peler Martin și Harald Schuman în „Capcana globalizării”; Jean-Louis Macchielli în „Multinationales et mondialisation”; Waqet Isabelle în „Crises et les politiques économiques” etc.

Lucrarea prezentă implică o dezbateră a necesității redefinirii reformismului ca răspuns la problemele complexe create de globalizare și se constituie o continuare a problemelor abordate de autor în articole cum ar fi: „Dimensiunile globalizării și impactul asupra sectorului financiar-bancar” (Congresul Academiei de Studii și Arte Româno-Americane din 2007);

* Prof. univ. dr., Universitatea Nicolae Titulescu

** Dr. Banca Comercială Română

„Politicile monetare. Conexiuni și influențe asupra globalizării” (Colocviul științific internațional „Managementul tranziției” – Universitatea Valahia – 2006) etc.

REDEFINIREA REFORMISMULUI- UN RĂSPUNS CORECT LA SFIDĂRILE GLOBALIZĂRII

1. Reformism versus globalizare

Politica economică a ultimilor ani încearcă să dea un răspuns globalizării crescânde a economiei. Concurența în amplasamentul economic a fost declanșată, iar politica amplasamentului a devenit cuvântul la modă al ultimului deceniu. Amplasamentul economic din marile țări europene nu mai este capabil să facă față concurenței, spun reprezentanții din economie. Ei afirmă că s-a ratat dezvoltarea și că trebuie să se facă mari eforturi pentru a găsi din nou legătura cu economia mondială. Piețele financiare internaționale evaluează euro la un nivel tot mai ridicat, fără să li se reproșeze faptul că supraevaluează euro la un nivel tot mai ridicat.

Timp de ani de zile, nici un orator de festivități nu a ținut un discurs fără a sublinia pericolele globalizării și fără a deplânge slaba capacitate de a concura amplasamentul economic european. În anii '60 Jean Jacques Servan-Schreiber publica cartea „Sfida americană”, primită cu entuziasm, prin care atrăgea atenția în ce privește pericolul care pornea de la economia americană. Există teama ca mari concerne americane vor cumpăra firme europene. Astăzi este la modă teama de fenomenul contrar. Acum ne facem griji că trusturile americane și firmele altor țări investesc prea puțin în Europa. Astăzi se spune că țările în care se instalează întreprinderi străine demonstrează un înalt grad de calități de amplasament, în timp ce acesta este redus în țările din care acestea se retrag.

Experții europeni, conduși de interese în domeniul amplasamentului economic - au descoperit, pe lângă invazia furnicilor galbene-japoneze, un nou pericol: de data aceasta tigrii asiatici – îndeosebi chinezii care amenință economiile naționale ale occidentului. Această discuție a amuțit în ultimii ani. Tigrii asiatici au considerabile probleme de concurență și pot opri devalorizarea monedei lor naționale doar cu ajutorul comunității internaționale a statelor. Fondul Monetar Internațional și Banca Mondială joacă rolul pompierilor. De trei ori avem dreptul de a ghici cine va suporta urmările acestor evoluții greșite din domeniul afacerilor financiare, ale celor imobiliare și ale afacerilor de credit, care nu pot fi susținute. Bineînțeles că nu cei care au greșit ar trebui să fie singurii care să răspundă pentru aceasta. Pentru aceste decizii eronate, vor trebui să răspundă contribuabilii, clienții băncilor și acționarii.

Problemele financiare actuale din lume – SUA, Europa, Asia – și rolul Fondului Monetar Internațional dovedesc încă o dată că acel **credo neoliberal al dereglementării** nu este un panaceu universal. Nu există nici o îndoială că piețele financiare sunt globalizate. Dar speranțele pe care mulți experți și le-au pus în circulația complet liberă a capitalului și cursurile de schimb flexibile nu s-au adevărit. Piețele financiare internaționale nu au nevoie de dereglementări, ci mult mai mult, de reglementări. Comisia Bretton-Woods condusă de Paul Volcker, fostul președinte al Băncii Americane de Emisiune, a făcut propuneri în acest sens. Speculantul internațional de deize George Soros nu obosește să ceară reglementarea piețelor internaționale în vederea îndiguirii speculațiilor.

Discuția despre globalizare și despre amplasamentul economic în Europa a degenerat într-o ceartă cu lozinci fără conținut. Nu numai înlăturarea reglementărilor a fost cerută de neoliberali, ci înainte de toate scăderea costurilor. Se afirmă că, la creșterea globalizării economiei, economiile naționale ar putea răspunde doar cu o concurență pentru impozite cât mai mici pe întreprinderi, salarii tarifare, prestări sociale și drepturi ale angajaților cât mai reduse.

Adepții scăderii costurilor în Europa au pretins pentru multă vreme că sunt „reformatorii” și cei care „modernizează”. În timpurile trecute, europenii înțelegeau prin reforme, hotărâri ale legiuitorului, care erau în favoarea unei majorități a populației. După o reformă, multor oameni le-a mers mai bine decât înainte. În documentul său oficial, intitulat „New Global Age”, OECD a subliniat „energia creatoare de bogăție a sistemului economic orientat spre piață, al secolului al 20-lea”. Acesta este marșul dinspre economia socială de piață spre mizeria de masă. Acesta ar fi visul despre o societate care cunoaște mai puțin bogăția și libertatea și care vede în șomaj o soartă cauzată de propriile greșeli. Nu miră deci faptul că nici o asociație a întreprinzătorilor din Europa nu este atât de încăpățânată să vadă cauza șomajului constând în prestările sociale și măsurile de protejare a muncii, cum o fac economiștii de la OECD care, la rândul lor, stau în elegantul Arrondissement 16 din Paris pe posturi stabile, foarte bine plătite și favorizate de impozite. Este timpul ca noțiunii de reformă să i se redea sensul original. Oamenii trebuie să lege de noțiunea de reformă, **schimbările politice și sociale** care să le ofere șanse mai mari și condiții de viață mai bune. **Participarea angajaților la averea productivă** este, de exemplu, o reformă care ar fi trebuit făcută de ani de zile. **Înnoirea ecologică a sistemului de impozitare** și de taxe este și ea o altă reformă de care avem nevoie pentru îmbogățirea condițiilor de viață a viitoarelor generații. **Ușurarea muncii de taxe prea mari** este și ea o reformă necesară pentru a putea fi oferite din nou, mai multe locuri de muncă. **Mărirea sumelor acordate pentru creșterea copiilor** este o reformă așteptată de mulți oameni în Europa. Însă, nu numai că adepții învățături greșite despre competiția pentru scăderea costurilor se numesc reformatori, mai mult, ei se numesc și modernizatori. Și sensul **noțiunii de modernizare** este schimbată în contrariul ei. În Europa, ideea de modernitate este legată de filozofia iluministă. În centrul filozofiei iluministe se află ideea libertății individuale a fiecărui om. Filozofia iluministă a fost baza Revoluției franceze, sub deviza Liberté, Egalité, Fraternité. Libertatea, egalitatea șanselor și solidaritatea sunt conform acestei filozofii, fundamentele unei societăți moderne. Modernitatea trebuie să aducă fiecărui om un grad maxim de libertate, de egalitate a șanselor și de solidaritate socială. Noțiunea de modern nu se împacă cu reducerea drepturilor angajaților, cu micșorarea facilităților sociale, cu oferta în scădere de locuri de pregătire profesională. Noțiunea de modern se împacă tot atât de puțin cu faptul că știrea despre concedierile în masă devine o sărbătoare la bursă. Noțiunea de modern se află la polul opus față de doctrina neoliberală. Acest fapt nu este schimbat nici prin aceea că adepții ideilor neoliberale se numesc reformatori și modernizatori. În urmărirea obiectivelor lor politice, modernizatorii și reformatorii din rândurile conservatorilor se lovesc de o contradicție de nerezolvat. Liberalismul de piață, care în mod eronat a fost transformat cu eticheta „reformă” sau „modern”, duce la distrugerea valorilor și structurilor tradiționale, care pentru conservatorii din întreaga lume au reprezentat baza activității lor. Pretenția la mobilitatea neîngrădită a angajaților sau la munca nelimitată la sfârșit de săptămână distruge familia. Dezintegrarea socială și pierderea locului de muncă duc la disperare, dependență de droguri și alcoolism. Faptul că reprezentanții partidelor anunță cu emfază că ei sunt de fapt reformatorii, se explică datorită înțelegerii greșite a noțiunii de reformă. Pe plan mondial a început dezbaterea în jurul temei **dacă neoliberalismul are răspunsuri potrivite pentru globalizare**. Ipoteza fundamentală care stă la baza dezbaterii despre globalizare este falsă. Avem piețe financiare globalizate, dar avem piețe regionale de mărfuri, ceea ce înseamnă piețe europene sau americane de mărfuri în economii naționale, în mare măsură închise. Teza conform căreia un miliard de chinezi așteaptă să-l înlăture pe angajatul european se aude și din gura profesorilor. Ea are însă aceeași calitate intelectuală ca și parola care, timp de decenii, a fost menținută în ciuda adevărului, conform căreia „Rusul stă în fața ușii”.

Marea masă a angajaților din toate țările lumii ar vrea să găsească condiții de muncă bune în patria lor. Pentru aceasta, trebuie să ajutăm cu o politică care să-i lase celuilalt, o șansă corectă în competiție, astfel că la sfârșit să se poată ajuta singur. Și în acest caz o politică a scăderii forțate

a costurilor de producție provoacă pagube grave. Cel care caută să alunge de pe piață nu numai alte întreprinderi, ci și națiuni întregi, îi obligă pe oameni să-și caute salvarea în fuga din patria lor. Ceea ce este valabil și pentru Europa. Dacă cucerim piețe externe prin dumping salarial, nu trebuie să ne mire că angajații din aceste țări ne bat în scurt timp la ușă. De aceea, tocmai în cadrul Uniunii Monetare Europene fiecare trebuie să se întindă cât îi ajunge plapuma. Nimeni nu are voie să ceară un salariu mai mare decât cel care poate fi câștigat în țara lui, dar pe termen lung nici mai puțin. Politica de scădere forțată a costurilor distruge, prin urmare, Uniunea Monetară, pentru că îi forțează pe ceilalți spre o sferă deflaționistă. Globalizarea este scuza cea mai des folosită pentru eșecul politicii economice europene. Și în acest caz cifrele sunt fără echivoc. Europa deține un record în ceea ce privește șomajul, datoriile statului și împovărarea angajaților și a angajaților cu impozite și dări. Politica economică și financiară greșită urmează credința falsă că economiile naționale trebuie să reacționeze la globalizare printr-o competiție în ce privește scăderea costurilor productive. Acesta este însă punctul central al întregii dezbateri: la creșterea interdependenței economiilor naționale europene, și chiar și mondiale, nu avem voie să reacționăm printr-o competiție pentru salarii și prestări sociale cât mai mici, ca și pentru impozite pe întreprinderi și standarde de mediu cât mai reduse. Tocmai acel "downsizing" al economiilor naționale nu este răspunsul la globalizare al unei națiuni.

Tot mai mulți oameni de stat din Europa recunosc că această competiție pentru scăderea costurilor este o greșeală. În condițiile scăderii veniturilor din impozite, toate statele europene nu mai pot întreține infrastructura necesară pentru a promova creșterea și ocupabilitatea. Prin aceasta devine posibil faptul de a profita de o impozitare favorabilă într-o altă țară, dar de a folosi, în același timp, toate avantajele infrastructurii din propria țară. Această formă a competiției în domeniul impozitelor ar trebui să fie reglementată prin convenții internaționale, ceea ce înseamnă că trebuie evitată.

Radicalismul de piață a sedus pe unii în a atribui pieții singura funcțiune de ordonare pentru comunitatea întregii lumi. În așa fel, încât întrebarea, **cum** vrem să trăim, ar putea să primească răspuns doar de la piață. Aceasta în condițiile în care deja Școala de la Freiburg considera că «un stat puternic este necesar». Un stat care trebuie să fie în măsură «să creeze un cadru al liberei concurențe și să impună o politică permițând să conserve această concurență». Fondatorul acestei școli a fost Walter Eucken. Această doctrină economică s-a impus în vremea lui Ludwig Erhard, promovată de profesorul de economie din Köln, Alfred Muler-Armack. În mod surprinzător, bunul ideatic al școlii de la Freiburg s-a pierdut în mare măsură în ultimii ani. Cum altfel am putea să înțelegem faptul că cererea pentru un cadru internațional ordonat al liberei concurențe s-a lovit de atâta neînțelegere și respingere din partea acestor țări. Așa cum pentru economiștii Școlii de la Freiburg este în afară de orice discuție faptul că economiei de piață trebuie să i se alăture un cadru național ordonat, în cazul creșterii europenizării economiei este un lucru de la sine înțeles, de a cere un cadru ordonat european. De asemenea, este de la sine înțeles pentru ca, în cazul amplificării globalizării, să se ceară un cadru ordonat valabil pentru întreaga lume, în care să se poată dezvolta libera concurență. Radicalismul de piață global este o declarație de luptă făcută politicii. Pretenția pentru un cadru internațional ordonat este, de aceea, în primul rând, cererea de a reimpune politicul în drepturile lui. Avem nevoie de cooperare internațională pentru: stabilizarea cursurilor de schimb; politică a dobânzilor orientată spre stabilitate și creștere; o reglementare mai clară a instrumentelor financiare; politică bugetară orientată corespunzător conjuncturii spre ocuparea forței de muncă; politică corectă a impozitelor; politică comună a tehnologiilor; cartă socială internațională; un program global împotriva distrugerii mediului înconjurător; întărire durabilă a cererii interne.

Această cerere de cooperare internațională nu este o renunțare la competiție, ci este o premisă pentru o liberă concurență a întreprinderilor. Argumentația noastră nu se opune

competiției pentru stabilitate mai mare pe piața financiară, o productivitate mai mare, prin mai multă inovație și produse mai bune, ci împotriva competiției absurde a salariilor, a asistenței sociale, a standardelor de mediu și a impozitelor asupra veniturilor aduse de capital. Puține din acestea sunt noi în substanța lor, dacă ne amintim de competițiile de devalorizare a monedelor din anii '20 și '70 și de sfârșitul lor înspăimântător.

Răspunsul corect la globalizare este o **competitivitate corectă pe piețele financiare** în ceea ce privește productivitatea întreprinderilor și a standardelor. Avem nevoie de o **pregătire bună**, de școli bune, de universități bune, de instituții de cercetare bune, de o **infrastructură bună** în cazul transportului pe șosele și pe calea ferată și în cazul autostrăzilor de date. Vrem cea mai mare **productivitate energetică**, deoarece cu o tehnică a mediului bună, țara are șanse mari de a deservei piețele viitorului. Europa trebuie să fie cea mai bună în domeniul **dezvoltării tehnologiilor de economisire a energiei** și în dezvoltarea de energii regenerative, deoarece resursele fosile sunt aproape terminate și generațiile viitoare vor depinde de energiile regenerative. Dacă există o temă globală, atunci aceasta nu este cea a competiției greșit înțelese a competiției amplasamentului economic, ci, aceea a misiunii comunității statelor de a lăsa generațiilor viitoare un mediu înconjurător în care merită să trăiască. Și în acest caz, credo-ul neoliberalismului nu are valabilitate. Dereglementarea standardelor financiare și de mediu ar fi ultimul lucru care ar putea servi acestui scop. Avem nevoie de standarde de mediu europene și, cum a arătat-o Conferința la nivel înalt de la Rio sau ultima din Japonia, de înțelegeri mondiale asupra obiectivelor politicii mediului, care să fie respectate cu adevărat de către comunitatea mondială a statelor. Numai atunci când statele industriale vor reuși să dezvolte acea tehnologie și acele standarde de mediu care sunt capabile de globalizare, se va reuși oprirea procesului global de distrugere ecologică. Instrumentul economiei de piață pentru atingerea acestor obiective este **reforma ecologică a sistemului financiar**, de impozite și de dări. Ea va marca semnalele de preț corecte și va avea ca urmare, mai multă protecție a mediului.

Creșterea productivității energetice este o șansă pentru crearea de noi locuri de muncă, cu ajutorul unor noi tehnologii și a unor noi procedee de producție. Societățile industriale foarte dezvoltate dispun deja de cunoștințele tehnologice și de mijloacele financiare necesare pentru a transpune în viață reforma mediului. Răspunderea este în primul rând a lor. Este regretabil că Statele Unite ale Americii nu își asumă această responsabilitate. La întâlnirea la nivel înalt de la Tokyo, referitoare la climă, S.U.A. a împiedicat luarea deciziilor necesare.

Lipsa precauției în cazul creșterii rapide a economiei mondiale distruge sistemul ecologic al pământului. În ultimul său raport anual despre starea pământului, Institutul Worldwatch din Washington a avertizat din nou în legătură cu acest fenomen. Cercetătorii institutului cer, prin urmare, o **restructurare fundamentală a sistemului economic mondial** pentru a împiedica distrugerea mediului înconjurător. Aceste schimbări nu au însemnat însă în nici un caz renunțarea la creștere, explică directorul institutului Lester Brown; doar modalitățile creșterii trebuie să se schimbe. O sarcină globală este aceea ca prin educație și instruire oamenii să devină capabili să facă față marilor provocări. Conducătorii S.U.A. și Marii Britanii și-au dus ultimele campanii electorale sub deviza: „education, education, education”. Noțiunea anglo-saxonă de „education” este mai cuprinzătoare decât cea germană de instruire („Ausbildung” - n.tr.). Prin „education” nu se înțelege doar mijlocirea de valori. O societate are nevoie de valori comune pe care să le accepte. Neoliberalismul a dus la pierderea de valori comune. Atunci când Günter Grass spunea în Paulskirche că Germania a degenerat într-un amplasament economic, atunci abia că poate fi contrazis. Coeziunea unei societăți nu poate fi mijlocită prin valori ale economiei întreprinderilor. Capitalismul pur, așa cum afirma Klaus Zwickel, președintele lui IG Metall, distruge bazele societății civile și pune în pericol democrația. O democrație nu poate avea ca scop creșterea dobânzilor pe capital sau maximizarea valorii acțiunilor. O democrație are ca scop să permită

tuturor oamenilor participarea în mod egal la viața politică. Acestui obiectiv îi servește **o nouă politică financiară și economică**, care să pună pe plan central lupta împotriva șomajului. Ea nu folosește globalizarea pentru a insufla teamă oamenilor. Ea vede în globalizare o șansă de a crește bunăstarea tuturor participanților la economia mondială.

O asemenea politică acordă atenție și motivării angajaților, prin dreptul de a participa la luarea deciziilor și prin coparticiparea la averea productivă. Neoliberalii au contribuit la desființarea motivației în rândul angajaților.

Concluzii

Rezultă că, pentru o Europă a globalizării reformate, o politică orientată spre productivitate este și tamponul de care Europa are nevoie după introducerea monedei unice, Euro. Cursurile de schimb, care avuseseră această funcție până acum, au dispărut după introducerea monedei unice europene. Statele europene vecine nu vor mai putea reacționa atunci prin devalorizarea monedelor lor la creșterea tot mai rapidă a excedentului exportului. Una din cauzele șomajului crescut din Europa este politica de redistribuire, practică de guverne. Redistribuirea de jos în sus nu este numai o mare inechitate socială, ea duce și la o slăbire sistematică a cererii interne. Fără o cerere internă mai puternică, în Europa conjunctura de dezvoltare nu se va pune în mișcare. Piața nu poate răspunde la întrebarea cum vrem să conviețuim. Economia de piață nu este un scop în sine. Ea are nevoie de o ordine statală. Ea trebuie să fie în serviciul nevoilor oamenilor. Ea rezolvă această sarcină cu o eficiență inegalabilă. De aceea, ar fi greșit să subordonăm economia controlului politicii. Aici a eșuat socialismul de stat. Însă economia de piață nu înlocuiește democrația. În Europa ni se cere să ne bazăm pe tradițiile noastre umaniste și creștine și să ne aducem contribuția la o ordine economică mondială dreaptă. În centru, trebuie să se afle o nouă politică economică, care se bazează pe o creștere suportabilă pentru mediul înconjurător, pe ocuparea forței de muncă și care are ca fundament etic, demnitatea umană.

Parlamentul religiilor mondiale, Consiliul foștilor Președinți de stat și de Consilii de miniștri a enunțat, referitor la aceasta, două maxime. Prima: „Fiecare persoană, indiferent de sex, origine etnică, limbă, vârstă, naționalitate sau religie, fiecare are obligația de a trata pe fiecare om omenește”. Și a doua: „Toți oamenii înzestrați cu rațiune și conștiință trebuie să-și asume, în spiritul solidarității, răspunderi față de fiecare și de toți, față de familie și comunități, rase, națiuni și religii. Ceea ce nu vrei să ți se facă, nu face nici tu altora”.

Bibliografie

1. Beck, Ulrich – „*Ce este globalizarea. Erori ale globalismului – răspunsuri la globalizare*”, Ed. Trei, București 2003;
2. Brzezinski, Zbigniew – „*Marea tablă de șah. Supremația americană și imperativele sale geostrategice*”, Ed. Univers Enciclopedic, București 2000;
3. Dinu, Marin – „*Globalizarea și aproximările ei*”, Ed. Economică, 2004;
4. Friedman, Thomas L. – „*Lexul și măslinul. Cum înțelegem globalizarea*”, Ed. Fundației Pro, București 2000;
5. Fukuyama, Francis – „*Viitorul nostru postuman. Consecințele revoluției biotehnologice*”, Ed. Humanitas, București 2004.

MULTINATIONAL CARTELS

Liviu RADU*
Carmen RADU**

Abstract

Improving the functioning of market for the benefit of European consumers and companies remains an essential component of the European project. In 2007, the competition related policy had a significant contribution in the welfare of consumers by approaching the issue of cartels. Although the fight against cartels is becoming increasingly global and an ever larger challenge, the efforts of the European institutions in this fight have begun to take shape. Clemency European policy has proven to be an extremely powerful weapon in encouraging societies to admit that cartels exist. The competition policy fits more and more the other policies of the European Commission. The recent revisal of the Lisbon Strategy as approved by the European Council stipulates the competition norms as part of the areas in which EU can contribute with specific expertise, beneficial for its key partners. This is closely connected to the need of delivering loyal competition and equal conditions worldwide. The present paper represents a study on the positive and negative influences in the activity of cartels.

Keywords: *multinational cartels, globalization, competition, transnational corporations, European market, strategic alliances.*

Introduction

The world is run by transnational corporations, which are not only interested in selling as many goods as possible on the international markets, but also in buying and producing various components and materials from abroad or abroad. That is why multinationals should coordinate functional operations outside state borders in order to increase their efficiency. An example is Ford Motor, the second largest cars manufacturer in the world, trying to become a global player in this field. The company performs worldwide reorganization programs aimed at rationalizing processes such as unifying the activities of supply, production, marketing and distribution in a single strategic planning coordination centre.

In order to face the challenges of business globalization, numerous companies are creating strategic alliances or merge with other companies, even from the competitors. Merger takes place when two or more companies unite their operations/activities by creating a new company, while acquisition takes place when a company buys and controls another. Examples include the alliances between Ford and Mazda, Rover and Honda, or General Electric and Matsushita, as well as the true mega-mergers such as those between Exxon and Mobil, Daimler Benz and Chrysler, AT&T and TCI. Reasons for merging or acquisition include:

- Increasing the value of companies' shares;
- Increasing the use of existing production capacities;
- Increasing the performances of the managerial team;
- Reducing taxation etc.

* Lecturer, Ph.D., Faculty of Social and Administrative Sciences, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest, Romania (lgradu2005@yahoo.co.uk).

** Lecturer Ph.D., Faculty of Social and Administrative Sciences, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest, Romania.

Mergers, acquisitions and strategic alliances represent the logical and inevitable consequence of the competition in a worldwide economy, partially generating the occurrence and domination of cartels.

A cartel is an agreement by which a group of companies that manufacture or distribute the same product set up certain prices or share the market. The object of the cartel is to raise prices by eliminating competition. Thus, smaller quantities of products are sold, prices are raised and profits are maximized as in the case of a monopoly.

Cartels are viewed as the largest threat to competition. The more so because companies which should compete on the market choose to make pacts by adhering to an agreement by which competition is limited. That is why cartels are deemed to directly damage the buyers of goods and services involved in the agreement. Such also have an indirect destructive effect, namely by reducing competition, the efficiency of the participants decreases, and the prices are raised by cartels over the level of real competition.

Depending on the objectives and the market on which they act, four types of cartels can be identified:

1. National cartel – is formed when two or more producers or distributors join by agreement for the purpose of controlling the production/distribution chain and the post-sale services network for a product on the level of a country's market. National cartels have a strong impact over imports;

2. International cartel – is formed when companies in different countries join in order to fix prices and share the market or so that to take turns in obtaining the orders in the allocated projects;

3. Import cartel – often functions as a sole organization which buys a raw material centralized in order to supply it to an industry. Import cartels can be created in order to counter-balance the market power of export cartels in other countries;

4. Export cartels – legislation on competition protection in various countries expressly exempts such cartels, under the condition of the said to be notified and in other countries the legislation has no referrals on such. In the last mentioned case, the "effect principle" is applied, meaning because there are no effects on the internal market, the law provides no sanctions.

The present paper is aimed at providing an incursion in the economic environment in which cartels work. The negative influence of cartels over the free economic competition is of severe repercussions by the control they create over the level of prices and production, markets and clients sharing, restrictions on imports and exports and forged auctions.

The study is based on specialized literature and especially on the international legislation on competition, UNCTAD, OECD and European Commission.

Literature review

The issue of competition has been on the multilateral negotiations agenda for over half a century now (Davidow, J., *The Seeking of a World Competition Code: Quixotic Quest?*, and Schahter, O, Hellawell, R., *Competition in International Business*, New York, Columbia University Press, 1981) [1]. Thus, in the discussions for the creation of the International Trade Organization (ITO) at the end of the 40s the issue was discussed of international cartels (German cartels) and of restrictive business practices (Japanese zaibatsu) as factors inhibiting the free access on external markets in the pre-war period. In the context of GATT, the implications of trading policies such as customs taxes, antidumping measures, tariffs quota and technical barriers on competition were widely debated both on the political and economic analysis level (Bhagwati, Jagdish N., *The Theory and Practice of Commercial Policy*, Princeton University Press, 1968 and *Protectionism*, Cambridge, MIT Press, 1988) [2]. In the 70s discussions existed on the regulation

of multinational companies' restrictive practices, run by the UN and OECD, that adopted recommendations for cooperation in member states. Such took the form of the following guidelines, nonetheless without a mandatory nature: *Recommendations on restrictive trading practices* (OECD, 1978) and *Set of principles and equitable rules agreed on a multilateral level on the control of restrictive trading practices* (UNCTAD, 1980).

The attention of the specialists was reactivated in the 80s, mostly due to the concerns expressed by the USA regarding the fact that the restrictive practices of Japanese (Davidow, J., *Keiretsu and US Antitrust*, Law and Policy in International Business 24, 1993) [3]. The severity of such issue has increased however in the 90s under the impact of *mega-mergers* and dominant position abuse (monopoly) with anti-competitive effects and which led to numerous disputes between national competition regulation authorities. Renowned examples include: Microsoft, Boeing – McDonnell Douglas, General Electric – Honeywell or Worldcom – Sprint.

A group of experts from the Max Plank Institute drew up a *Draft International Antitrust Code* in 1993, which was to be adopted by member states of OMC, but with no consensus. In May 1998 the *Committee of Competition Law and Policy* of CEDO adopted recommendations meant to reinforce the efficiency and efficacy of competition legislation in managing *hardcore cartels* in member states.

In 2007 the Committee adopted 629 final decisions on state aids (this includes decisions on the lack of state aid, decisions against objections, positive decisions, conditional decisions and negative decisions). In most cases the Committee adopted such measures with no formal investigations, concluding that the analyzed state aid was in accordance with the norms on state aid (87% of the decisions in 2007) or that such does not represent state aid (5% of the decisions).

Multinational cartels

Generically referred to as cartels, such agreements between competitor economic entities refer to fixing prices, the level of production, sharing the markets, fording auctions. Cartels represent the worst limits on competition, damaging consumers by raising prices and reducing the freedom of the consumer to choose products. By artificial limiting competition, multinational corporations avoid restrictions that generate innovation in respect with product development or creating new more efficient production modalities and it also leads to increasing the prices of raw materials and parts. On a long run, these anti-competitive practices weaken competitiveness and generate a negative effect on employment opportunities. Multinational corporations which are part of cartels and decide to stop unlawful practices can benefit of immunity against sanctions or easier sentences, by reducing the amount of such in case that sanctions are applied.

Free competition, unregulated competition can lead to monopoly, favors oligopolies, large international cartels. That is why most developed or emergent countries have antitrust regulations. Such a law does not exist however on an international level and it should probably become the concern of ITO. There is also necessary on tariffs policies to be set on international telecommunications, the intellectual property rights management system should be revised, fiscal systems should be harmonized, education should be regulated by means of the Internet and the world education market.

In Romania, the discovery and sanctioning of cartels prevails upon the interest of applying sanctions (fines) to participants in a cartel, who by their collaboration with the Competition Council allow for such anticompetitive practices to be discovered and sanctioned. A decisive contribution in initiating the investigations on a potential cartel may justify immunity from fine for those economic units, under the condition of certain additional circumstances being complied with. Also, the cooperation of an economic agent with the Competition Council may justify the

reduction of a fine. Any reduction of a fine should reflect the effective contribution of the economic agent both in respect with the quality of the contribution, and the moment when the cooperation is initiated. Such fines reductions are only applied for those economic agents that supply means of evidence (documents, statements etc.) which significantly add to those already in the possession of the Competition Council. Following the communitarian model, it has been deemed as necessary for instructions to be adopted stipulating the conditions in which favorable treatment is applied to the first multinational concern willing to provide information on the existence of a secret agreement or to contribute to the unrevealing of a cartel, and such treatment consists in total exemption from the payment of the fine or reduction of the fine. The experience of the countries already applying such policy has proven that this is an efficient tool of fighting against cartels. For instance, in the Netherlands the competition authority registered in the first semester of 2004 claims for clemency policy application from 470 companies involved in cartels.

Numerous experts in the international trading community are firmly against using the competitive principles in order to restraint trading policies application. Agnosticism of such analysts resides:

- On one hand in the fact that although the reality identifies relatively easy the practices generating negative competition externalities, such can be overcome by multilateral cooperation agreements;
- On the other hand, in the fact that some negative effects generated by such agreement annuls potential benefits.

The sectors in which strategic alliances usually appear are top industries – electronics, informatics, telecommunications, aeronautics, as well as other industries such as the automotive industry. Thus, it was estimated that in 2003 over 4600 strategic alliances existed, with 87% of such in sectors considered of major importance. The geographical distribution of most partnerships referred to companies in EU and USA, then between EU and other countries than USA and Japan, between USA and Japan. The most frequent partnerships included two partners (81%), and those with competitors on the same markets (71%). Advantages and disadvantages:

➤ *Partners' incompatibility*, resulting from different cultures, nations, purposes and objectives. This can lead to severe conflicts in the alliance; however the most common outcome is its poor performance.

➤ *Access to information*. In order for the alliance to function and for the collaboration to be efficient, partners need to provide each other with information they would rather keep secret. Many cases exist when the access to information has represented an obstacle in the functioning of the alliance. An example is the alliance between Ford and Mazda, created in order for the two to create the new Ford Escort model, an alliance which almost blocked when the Japanese company did not allow the American engineers in its research laboratories.

Causes for the deficient collaboration of multinational companies can include:

- Distribution of the incomes from the alliance;
- Potential lose of autonomy;
- Changed circumstances:
 - International subcontracting has become a widely used way of organizing the activity in numerous industries worldwide.
 - Mergers, acquisitions and strategic alliances are the logical and unavoidable consequence of competition in a world economy with no obstacles and increasingly integrated.
 - Multinational companies are trying to reduce economic competition on the world level with the same means as they have always used, by intensifying the control over capitals, markets and technologies. The novelty is that a now global economy is combined with increasingly

sophisticated informational technologies, which provides global companies with the possibility of reinforcing their control on a scale never possible before.

- Knowledge has become an extremely important resource in any company. Knowledge society imposes the current company management to design strategies that are based on the implementation of continuous learning.

- Also due to globalization the world economic life is becoming a network. The network alone, as integrated communication system connecting elements in numerous dimensions can ensure the necessary connections between the micro, macro and world-economic levels; however it is the network which can also generate severe damages.

- The globalization era also mean the virtual economy emergency [4]. The internet makes the efficiency of the current companies' activity to grow significantly. The companies benefit on one hand from the increased productivity of the used production factors, and on the other hand of the decreased production costs, especially due to the reduced acquisition prices of the needed equipment and tools. For such reason, companies make large investments, supporting by this a high economic growth rhythm.

- This is how web-companies occurred, which are global companies, as they carry out their activity on a planetary level by means of information technology, the Internet. Actually, they are companies based on information, on knowledge, based on advanced data processing technologies. In web-companies, organizational structure is simpler, less bureaucratic and thus more flexible.

- Doing business on the Internet is still at the beginning, and the future is that of companies which will commonly use this means in their competition against other companies. For such purpose, B.P. Kelley, one of the vice-presidents of Ford Motor said "*Doing business on the Internet is an outstandingly efficient tool in order to reduce costs and get closer to the consumer... The winners will be those who view the Internet as an alternative complementary to their traditional way of competition fight.*"[5].

The last years have witnessed concentrated efforts for identifying the connections that exist between trading and competition. Intense dialogues in international forums (not only ITO, but also UN, OECD and the World Bank) have faced reduced support for international cooperation on competition legislation at the ITO. As regards the antitrust regulations, agreements are limited to the basic principles: *nondiscrimination, national treatment, transparency* (the last mentioned one is the result of the first two), and sometimes to provisions forbidding hard core cartels [6]. Furthermore, most specialists have expressed their disagreement on including disputes regarding the essence of the decisions made by national competition regulation authorities in the mechanism of dispute resolution at ITO. The access on the market in equitable conditions represents the main purpose of those seeking for the multilateral regulation of competition under ITO. The development levels and implicitly the reasoning of each member state are however extremely divergent, which makes it impossible for competition policies to be harmonized:

- National competition policies are the expression of internal social-economical structures, grounded on the need of preserving economic efficiency and national welfare; efficiency is however a concept that is differently perceived by world countries:

- Some countries associate economic efficiency with social objectives or fairness;

- Other countries consider that economic efficiency can be reinforced by certain agreements between companies or other practices that distort short term competition, which creates different perceptions in respect with the acceptable efficiency level (namely the allowed limit for concluding agreements between companies or other anti-competitive practices);

□ Developed countries with strong competition legislations are concerned with the lack or poor regulation of competition in other countries, allowing for internal companies to increase access costs for foreign companies on their markets;

□ Developed and developing countries which are the main targets of the antidumping measures (for instance Japan and other Asian countries) and the access of which is limited on the foreign markets consider that the future concerns of ITO should be mainly focused on eliminating the anti-competitive effects deriving from traditional trading protection tools, and not the harmonization of trading legislations;

□ Small countries, especially the developing ones, are concerned with the negative effects induced by the anti-competitive behavior of cartels: *on one hand*, because of lax competition regulations on competition or difficulties in implementing competition legislations according to those in developed countries and *on the other hand* because the national competition legislation is not applicable to the activities of the companies on foreign markets.

All attempts of placing the economy on different principles, on instance on selfishness, have failed as simple utopia. From here to the “contagious greed” mentioned by A. Greenspan, to unlimited avidity for strategic cartel agreements there is a long way. Such can under no circumstances be considered as virtues, and their usefulness for the system is of negative nature, as their frenetic activation can lead to the erosion of the system by dangerous side-slipping. In their crazy run for super-profit by any price, raising at high levels speculative business and over-night fortunes, the true values of capitalism have been forgotten: creativity, perseverance, team spirit, initiative doubled by moderation, institutional solidity, patience, balance and most of all work and savings. And then the very nature of the system is perverted. The system needs to be reformed. As Ronald Regan said, we need to go back to the basis.

After ten years of constant growth, the American economy entered recession. Constant positive evolutions of most economic variables seemed to defy consecrated theories and to promise the entrance to a new sort of economic paradise. Based on the new technologies and financial investments, real economy was subordinated more and more to the virtual one. The stock exchange displayed amazing values every day, speculatively maintained. Capitals were focused creating huge cartel type conglomerates extended on a world level, which no longer obeyed any rules, legal, social, moral norms. The state had finished its resources as economic player, its regulations were either eluded or inoperative, due to lack of adaptation to the triumphal logic of a market on which everything seemed to become possible. The distinction between labor and capital had diluted, growth seemed unlimited, profits exceeded imagination, space was no longer a problem, the speed limit in the economy was pursuing instantaneousness. And because all these needed a name, they were called “the new economy”, in the meanwhile looking for a new paradigm.

For more than three years now, the American economy has entered a descending curve. The stock exchange came with the first signs of decline, fluctuations increased regardless the intended stabilizing intervention, large bankruptcies occurred, huge financial-accountancy frauds were reveled, as well as exaggerated reporting, fictive incomes, trust reached incredibly low levels, the instability of the financial markets reached alarming levels, the state representatives make pure rhetoric exercises, while the adepts of economic cycles see their theories revalidated, after having been threatened for a decay of unbelievable growth. And now, recession is astonishing due to the wideness of stock exchange falls for major representatives in the American corporatist system (*Enron, Worldcom, Xerox, Global Crossing, Tyco, Adelphia, AOL Time Warner* and so on). After accusing the “irrational markets exuberance”, Alan Greenspan is now talking about “overflowing greed” of managers and the need of a new corporatist culture. It is just that such is difficult to

change, especially considering that not long ago it was believed that almost everything was possible.

An institutional adaptation to the new realities of the global capitalism is definitely still necessary. New institutions, mechanisms and procedures are necessary that would function on a global level. Otherwise, what is the point of the decisions and regulations of states under the conditions of increased integration and liberalization of financial markets and the explosion of financial innovations? Now, in the middle of the world economic crisis, new regulations are needed, new limits and controls. Who would achieve them, as long as the industrialized countries function by logic of the capital that is leading to the eluding of uncomfortable regulations, by placements reorientation, titles exchange and other practices?

Conclusions

In view of development some issues should be pointed out as identified in the specialized literature and the answers we have provided so far:

First of all, what international cooperation form in the OMC really supports the national efforts for economic development? [7]. It is known that for sustainable development any antitrust regulation or adjacent to such should address (promote) the consumers' interests (especially those of poor consumers in developing countries).

Secondly, what is more important in view of the competition policy? [8]. The answer should be promoting a business environment in which prices reduction and increased access of the consumers to goods and services to be stimulated. Nonetheless, the most efficient way of reducing prices remain traditional market liberalization commitments made in OMC.

Thirdly, if we refer only to the limited competition regulations in the OMC, which are the most efficient options in view of economic development? [9] The answer consists in regulating private practices leading to prices increase, with no significant implementation costs for the governments in the developing countries especially. The current challenges in regulating trading and competition policies reside in the very meeting of this criterion, which needs detailed analyses in order to identify the capacity and constraints in implementing minimal competition standards in the developing countries.

Financial services, telecommunications and other strategic services remain the main areas making the object to all aspects of policies in the competition area. Ensuring that such markets and other network sectors function correctly is important not only for the buying power of the European currency and the consumers' freedom of choice, but also for the global competitiveness of the European Union [10].

In conclusion, in the globalization era we are facing new types of relations between a company and its environment. The existence and evolution of the third millennium company are under the sign of information technology and communications impact. The nature of the current company has changed.

References

1. DAVIDOW, J., The Seeking of a World Competition Code: Quixotic Quest?, preluat din SCHAHTER, O și HELLAWELL, R., Competition în International Business, New York, Columbia University Press, 1981
2. Bhagwati, Jagdish N., The Theory and Practice of Commercial Policy, Princeton University Press, 1968 și Protectionism, Cambridge, MIT Press, 1988
3. Davidow, J., *Keiretsu and US Antitrust*, Law and Policy in International Business 24, 1993, p. 1035-1050
4. Un fenomen îngrijorător îl reprezintă, totuși, clivajul actual existent între economia reală și cea virtuală. Un exemplu elocvent este imensa capitalizare bursieră din SUA, care depășește 150% din PIB-ul american.
5. ***- *Rethinking the Internet*, Business Week, 26.03.2003
6. ANDERSON, R. și JENNY, F., *Current Developments on Competition Policy in the WTO*, Geneva: WTO, 2001, www.wto.org
7. EVENETT, S., *Merger and Anti-Cartel Policies in an Era of Integrating Markets*, Banca Mondială, 2002
8. HOEKMAN, B., K. HEE, K. și OLARREAGA, M., *Markups, Entry Regulation and Trade*, World Bank Policy Research Paper, 2001
9. BHAGWATI, J. și R. E. HUDEC, R.E., *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade?*, vol.1: Economic Analysis, Cambridge, 1996
10. Comisia Europeană - Raport privind politica în domeniul concurenței pentru anul 2007, Luxemburg: Oficiul pentru Publicații Oficiale ale Comunităților Europene 2009

CARTELURILE MULTINAȚIONALE

Liviu RADU*
Carmen RADU**

Rezumat

Îmbunătățirea funcționării piețelor în beneficiul consumatorilor europeni și a societăților rămâne o componentă esențială a proiectului european. În 2007, politica în domeniul concurenței a adus o contribuție semnificativă la bunăstarea consumatorilor prin abordarea problemei cartelurilor. Deși lupta împotriva cartelurilor capătă un caracter tot mai global și devine o provocare tot mai mare, eforturile depuse de organisme europene în această luptă au început să capete contur. Politica europeană de clemență s-a dovedit a fi o armă extrem de puternică în vederea încurajării societăților să admită existența cartelurilor. Politica în domeniul concurenței se integrează tot mai mult cu alte politici ale Comisiei Europene. Recenta revizuire a Strategiei de la Lisabona aprobată de Consiliul European menționează normele în domeniul concurenței printre politicile în care UE poate contribui cu expertiză specifică ce ar putea fi benefică pentru partenerii săi cheie. Acest lucru este strâns legat de necesitatea de a asigura o concurență loială și condiții de egalitate pe plan mondial. Lucrarea reprezintă un studiu privind influențele pozitive sau negative în activitatea cartelurile.

Cuvinte cheie: *carteluri multinaționale, globalizare, concurență, corporații transnaționale, piață europeană, alianțe strategice.*

Introducere

Lumea este condusă de corporațiile transnaționale, care nu sunt doar interesate de a vinde cât mai multe bunuri pe piețele internaționale, ci și de a cumpăra, de a produce diferite componente și materiale din sau în străinătate. De aceea, firmele multinaționale trebuie să coordoneze operațiuni funcționale peste granițele statelor și să-și sporească eficiența. Un exemplu îl reprezintă Ford Motor, al doilea producător mondial de automobile, care caută să devină o adevărată întreprindere globală în domeniu. La nivelul întreprinderii se derulează programe de reorganizare a activității la scară mondială, în scopul de a raționaliza procesele ce au loc, precum reunirea activităților de aprovizionare, producție, marketing și comercializare într-un singur centru de coordonare a planificării strategice.

Pentru a face față provocărilor lansate de globalizarea afacerilor, numeroase întreprinderi formează alianțe strategice sau fuzionează cu alte întreprinderi, chiar concurente. Fuziunea are loc atunci când două sau mai multe întreprinderi își unesc operațiunile/activitățile dând naștere unei noi întreprinderi, iar achiziția are loc atunci când o întreprindere cumpără și controlează o altă întreprindere. Ca exemple, se pot aminti printre altele, alianțele încheiate între Ford și Mazda, Rover și Honda sau General Electric și Matsushita, dar și adevăratele megafuziuni, precum cele dintre Exxon și Mobil, Daimler Benz și Chrysler, AT&T și TCI. Printre motivele care stau la baza realizării fuziunilor și achizițiilor întreprinderilor se numără:

- creșterea cursului acțiunilor companiilor;

* Lector dr., Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea "Nicolae Titulescu", București, Romania (lgradu2005@yahoo.co.uk)

** Lector dr., Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea "Nicolae Titulescu", București, Romania (lgradu2005@yahoo.co.uk)

- o mai bună utilizare a capacităților de producție existente;
- creșterea performanțelor echipelor manageriale;
- reducerea obligațiilor fiscale etc.

Fuziunile, achizițiile și alianțele strategice sunt consecința logică și inevitabilă a competiției într-o economie mondială, concretizate în parte în apariția și dominația cartelurilor.

Cartelul este un acord de înțelegere prin care un grup de firme producătoare sau distribuitoare ale aceluiași produs fixează anumite prețuri sau își împart piața. Obiectul cartelului constă în creșterea prețului prin înlăturarea concurenței. Astfel, se reduc cantitățile de produse vândute, cresc prețurile, profiturile se maximizează, ca și cum ar fi vorba de monopol.

Se apreciază că cea mai mare amenințare la adresa concurenței este dată de carteluri. Aceasta, cu atât mai mult cu cât firmele care ar trebui să concureze se înțeleg aderând la un acord prin care concurența este limitată. De aceea, cartelurile se consideră că lezează direct cumpărătorii de bunuri și servicii implicate în acordul de înțelegere. Acestea au și un efect distructiv indirect, în sensul că, reducând concurența, eficiența participanților scade, devenind premisă a creșterii prețurilor de către carteluri, peste nivelul concurenței reale.

În funcție de obiective și de piața pe care acționează, se pot identifica patru tipuri de cartel:

- cartel național - se formează atunci când doi sau mai mulți producători sau distribuitori se unesc printr-o înțelegere, în scopul controlării lanțului de producție/distribuție și a rețelei de servicii de după vânzare pentru un produs, la nivelul pieței unei țări. Cartelurile naționale au un puternic efect asupra importurilor;

- cartel internațional - se formează atunci când întreprinderi din diferite țări se unesc pentru a fixa prețuri și a-i împărți piața sau pentru a prelua pe rând comenzile la proiectele ce le-au fost adjudecate;

- cartel de import - funcționează adesea ca o unică organizație care cumpără centralizat o materie primă pentru a o furniza unei ramuri a industriei. Cartelurile de import pot fi înființate pentru contrabalansarea puterii de piață a cartelurilor de export din alte țări;

- cartel de export - în cazul acestora legislația cu privire la protecția concurenței din diferite țări poate excepta în mod expres asemenea carteluri, cu condiția ca ele să fie notificate sau legislația poate să nu cuprindă referiri la acestea. În acest din urmă caz, se aplică „principiul efectului”, adică, deoarece efectele nu se resimt pe piața internă, legea nu le sancționează.

Lucrarea se dorește o incursiune în mediul economic în care își desfășoară activitatea cartelurile. Influența negativă a cartelurilor asupra liberei concurențe economice are grave repercusiuni prin controlul exercitat asupra nivelului prețurilor și al producției, împărțirea piețelor și a clienților, restricționarea importurilor și exporturilor și trucarea licitațiilor.

Ne sprijinim în demersul nostru atât pe literatura de specialitate cât mai ales pe legislația internațională din domeniul concurenței, pe rapoarte UNCTAD, OECD și Comisia Europeană.

Stadiul cunoașterii în domeniu

Problematica concurențială se afla pe agenda de negocieri multilaterale de mai bine de o jumătate de secol (Davidow, J., *The Seeking of a World Competition Code: Quixotic Quest?*, și Schahter, O, Hellawell, R., *Competition in International Business*, New York, Columbia University Press, 1981) [1]. Astfel, în cadrul discuțiilor ocazionate de crearea Organizației Internaționale a Comerțului (ITO), la sfârșitul anilor '40, s-a ridicat problema cartelurilor internaționale (*cartelurile germane*) și a practicilor de afaceri restrictive (*zaibatsu japoneze*) ca fiind factori inhibitori ai accesului la piețele externe în perioada antebelică. În contextul GATT, implicațiile politicilor comerciale precum taxele vamale, măsurile antidumping, cotele tarifare și barierele tehnice asupra concurenței au fost mult dezbătute atât în cadrul politic, cât și al analizei

economice (Bhagwati, Jagdish N., *The Theory and Practice of Commercial Policy*, Princeton University Press, 1968 și *Protectionism*, Cambridge, MIT Press, 1988) [2]. În anii '70, discuții aprinse vizând reglementarea practicilor restrictive ale companiilor multinaționale au avut loc sub egida ONU și ale OECD, care adopta recomandări pentru cooperarea între statele membre. Acestea s-au materializat în încheierea următoarelor coduri de conduită, fără a avea însă un caracter obligatoriu: *Recomandările privind practicile comerciale restrictive*, (OECD, 1978) și *Ansamblul de principii și reguli echitabile convenite la nivel multilateral pentru controlul practicilor comerciale restrictive* (UNCTAD, 1980).

Atenția specialiștilor a fost reactivată în anii '80, în mare parte ca rezultat al nemulțumirilor exprimate de SUA cum că practicile restrictive ale companiilor japoneze de distribuție și conglomeratele (*keiretsu*) ar anula efectele liberalizării comerciale (Davidow, J., *Keiretsu and US Antitrust*, Law and Policy în International Business 24, 1993) [3]. Acuitatea acestei problematice s-a accentuat însă în anii '90, sub impactul *mega-fuziunilor* și al abuzului de poziție dominantă (monopolizare) care au avut efecte anticoncurențiale și au condus la ample dispute între autoritățile naționale de reglementare a concurenței. Exemple de marcă în acest sens sunt: Microsoft, Boeing – McDonnell Douglas, General Electric – Honeywell sau Worldcom – Sprint.

Un grup de experți ai Institutului Max Planck au redactat un *Cod Internațional Antitrust (Draft International Antitrust Code)*, în 1993, care ar fi trebuit adoptat de către țările membre în cadrul OMC, dar consensul nu s-a întrunit. În mai 1998, Consiliul Concurenței (*Committee of Competition Law and Policy*) al OECD a reușit să adopte recomandări menite să întărească eficiența și eficacitatea legislațiilor concurențiale în gestiunea cartelurilor (*hardcore cartels*) din țările membre.

În 2007, Comisia a adoptat 629 de decizii finale privind ajutoarele de stat (în această cifră se încadrează: decizii privind absența unui ajutor de stat, decizii de a nu ridica obiecții, decizii pozitive, decizii condiționate și decizii negative). În marea majoritate a cazurilor, Comisia a aprobat măsurile în lipsa unei investigații formale, concluzionând că ajutorul analizat este în conformitate cu normele privind ajutoarele de stat (87 % din totalul deciziilor din 2007) sau că nu constituie ajutor de stat (5 % din totalul deciziilor).

Cartelurile multinaționale

Denumite în mod generic carteluri, aceste înțelegeri dintre agenții economici concurenți se referă la fixarea prețurilor, a nivelului producției, împărțirea piețelor, trucarea licitațiilor. Cartelurile reprezintă cele mai grave restricționări ale concurenței, având ca efect prejudicierea consumatorilor, prin creșterea prețurilor și reducerea posibilității de alegere a produselor de către consumator. Prin limitarea artificială a concurenței, corporațiile multinaționale evită constrângerile care generează inovație, în ceea ce privește dezvoltarea produsului sau introducerea unor metode de producție mai eficiente, conducând, totodată, la creșterea prețurilor materiilor prime și componentelor. Pe termen lung, aceste practici anticoncurențiale conduc la slăbirea competitivității și au un efect negativ asupra oportunităților de angajare. Corporațiile multinaționale implicate în carteluri, care decid să pună capăt practicilor ilegale, pot beneficia de imunitate la sancțiuni sau de un tratament mai blând, prin reducerea cuantumului acesteia, în eventualitatea aplicării unei sancțiuni.

Libera competiție, concurența nereglementată, conduce către monopol, favorizează oligopolurile, marile carteluri internaționale. De aceea există, în mai toate țările dezvoltate sau emergente, legi antitrust. O asemenea lege lipsește însă la nivel mondial și poate ar trebui să stea în atenția Organizației Mondiale a Comerțului. De asemenea, se impune definirea unor politici tarifare pentru telecomunicațiile internaționale, revizuirea sistemului de gestionare a drepturilor de

proprietate intelectuală, armonizarea sistemelor fiscale, reglementarea educației prin intermediul Internet, a pieței mondiale a educației.

În România, descoperirea și sancționarea cartelurilor prevalează asupra interesului de a aplica amenzi acelor agenți economici participanți la un cartel care, prin cooperarea lor cu Consiliul Concurenței, permit descoperirea și sancționarea acestor practici anticoncurențiale. O contribuție decisivă la declanșarea procedurii de investigație privind un posibil cartel poate justifica acordarea imunității la amendă pentru agenții economici în cauză, sub rezerva îndeplinirii anumitor condiții suplimentare. De asemenea, cooperarea unui agent economic cu Consiliul Concurenței poate justifica reducerea cuantumului unei amenzi. Orice reducere a cuantumului unei amenzi trebuie să reflecte contribuția efectivă a agentului economic atât în ceea ce privește calitatea acesteia, cât și momentul contribuției cooperării. Aceste reduceri de amenzi sunt acordate numai acelor agenți economici care furnizează elemente probatorii (documente, declarații etc.) ce reprezintă un aport suplimentar semnificativ în raport cu cele aflate deja în posesia Consiliului Concurenței. Urmând modelul comunitar, s-a considerat necesar să se adopte aceste instrucțiuni ce prevăd condițiile în care se acordă un tratament favorabil primului concern multinațional dispus să furnizeze informații despre existența unei înțelegeri secrete sau să-si aducă contribuția la descoperirea unui cartel, tratamentul constând în scutirea, în totalitate, de la plata amenzii sau în reducerea cuantumului amenzii. Experiența țărilor care aplică deja o asemenea politică a arătat că aceasta este un instrument de luptă eficace împotriva cartelurilor. De exemplu, în Olanda, la autoritatea de concurență s-au înregistrat, în primul semestru al anului 2004, solicitări din partea a 470 de firme implicate în carteli pentru aplicarea politicii de clemență.

Numeroși experți ai comunității comerciale internaționale rămân aprigi oponenți ai utilizării principiilor concurențiale pentru a constrânge aplicarea politicilor comerciale. Agnosticismul acestor analiști rezidă:

- pe de o parte, din faptul că deși realitatea identifică relativ ușor practicile care generează externalități negative în termenii concurenței (*competition externalities*), acestea pot fi, în principiu, depășite prin acorduri de cooperare multilaterală;

- pe de alta parte, din faptul că unele efecte negative generate de un astfel de acord ar anula beneficiile potențiale.

Sectoarele în care apar cu precădere alianțe strategice sunt: industriile de vârf - electronica, informatica, telecomunicațiile, aeronautica precum și alte industrii cum ar fi industria automobilelor. Astfel se aprecia că în 2003 existau peste 4600 de alianțe strategice. 87% dintre acestea se aflau în sectoare considerate de importanță majoră. Ca repartizare geografică cele mai multe parteneriate existau între firmele din U.E. și SUA; apoi între firmele din U.E. și alte țări decât SUA și Japonia; și apoi între cele din SUA și Japonia. Cele mai frecvente parteneriate erau cele între doi parteneri 81%, și cele între concurenți pe aceeași piață 71%. Avantaje și dezavantaje:

- *Incompatibilitatea partenerilor* care rezultă din diferențe culturale, naționale, scopuri sau obiective. Aceasta poate conduce la conflicte grave în cadrul alianței, însă rezultatul cel mai des întâlnit este slaba performanță a acesteia.

- *Accesul la informație*. Pentru ca alianța să funcționeze și colaborarea să fie eficientă, partenerii trebuie să-și furnizeze reciproc informații, pe care ar prefera să le țină secrete. Există numeroase cazuri în care accesul al informații a constituit un impediment în buna funcționare a alianței. Un exemplu este alianța recentă dintre Ford și Mazda, creată pentru realizarea noului model Ford Escort, care aproape s-a blocat în momentul în care compania japoneză nu a permis accesul inginerilor americani în laboratoarele de cercetare ale acesteia.

Cauzele colaborării defectuoase a CMN-urilor pot fi:

- Distribuția veniturilor rezultate din alianță;
- Pierderea potențială de autonomie;

- Schimbarea circumstanțelor:
 - Subcontractarea internațională a devenit o modalitate de organizare a activității extrem de utilizată în numeroase industrii la nivel mondial.
 - Fuziunile, achizițiile și alianțele strategice sunt consecința logică și inevitabilă a competiției într-o economie mondială fără bariere și din ce în ce mai integrată.
 - Corporațiile multinaționale încearcă să reducă concurența economică la scară planetară cu aceleași mijloace pe care le-au folosit întotdeauna, prin intensificarea controlului lor asupra capitalurilor, piețelor și tehnologiilor. Ceea ce este nou este faptul că are loc combinarea unei economii globalizate cu tehnologii informaționale din ce în ce mai sofisticate, ceea ce oferă posibilitatea întreprinderilor globale să-și consolideze acest control la o scară care nu a mai fost posibilă până acum.
 - Cunoașterea a devenit o resursă extrem de importantă a firmei. O societate a cunoașterii impune conducerii întreprinderii actuale fundamentarea unor strategii bazate pe implementarea unui comportament al învățării continue.
 - Tot datorită globalizării are loc și rețelizarea vieții economice mondiale. Numai rețeaua, ca sistem integrat de comunicare între elemente interconectate în multiple dimensiuni, poate asigura în această lume complexă legăturile dintre nivelul micro, macro și mondoeconomic, însă tot rețeaua poate produce și serioase perturbații.
 - Era globalizării înseamnă și emergența economiei virtuale [4]. Internetul face să crească semnificativ eficiența activităților întreprinderii actuale. Întreprinderea beneficiază, pe de o parte, de sporirea productivității factorilor de producție utilizați, iar pe de altă parte, de scăderea costurilor de producție, mai ales datorită reducerii prețurilor de achiziție ale echipamentelor și utilajelor necesare. Din acest motiv, întreprinderea face mari investiții, susținând astfel un ritm ridicat de creștere economică.
 - Așa au apărut web-întreprinderile care sunt tot întreprinderi globale, ele desfășurându-și activitățile la nivel planetar prin intermediul tehnologiei informaționale, a Internetului. De fapt, sunt întreprinderi “bazate pe informație”, pe cunoaștere, constituite pe baza unei tehnologii avansate de procesare a datelor. În cadrul web-întreprinderilor, structura organizatorică este mai simplă, mai puțin birocratică și, prin urmare, mai flexibilă.
 - Afacerile pe Internet sunt încă la început, dar viitorul este al întreprinderilor care vor utiliza în mod curent acest mijloc în competiția cu alte întreprinderi. În acest sens, B. P. Kelley, unul din vicepreședinții companiei Ford Motor, afirmă: “*Afacerile pe Internet reprezintă un instrument extraordinar de eficace pentru reducerea costurilor și apropierea de consumator... Câștigători vor fi aceia care vor considera Internetul drept un mijloc complementar al modului lor tradițional de luptă concurențială.*”[5].
- Ultimii ani au fost martorii unor eforturi concertate de identificare a legăturilor existente între comerț și concurență. Dialogurile intense în cadrul forurilor internaționale (nu doar ale OMC, ci și ale ONU, OECD sau Banca Mondială) s-au soldat cu un suport redus pentru o cooperare internațională ambițioasă privind legislația concurenței în cadrul OMC. În ceea ce privește reglementarea antitrust, acordurile se limitează la principiile de bază: *nondiscriminarea, tratamentul național, transparența* (acesta din urmă fiind rezultatul primelor doua principii) și, uneori, la prevederi care interzic cartelurile (*hard core cartels*)[6]. Mai mult decât atât, majoritatea specialiștilor și-au exprimat dezacordul asupra includerii disputelor ce vizează esența deciziilor luate de către autoritățile naționale de reglementare a concurenței în mecanismul de rezolvare a diferendelor din cadrul OMC. Accesul la piețe în condiții echitabile constituie principalul mobil al celor ce doresc reglementarea multilaterală a concurenței sub egida OMC. Stadiu de dezvoltare și, implicit, interesele țărilor membre sunt însă foarte divergente, ceea ce face imposibilă armonizarea globală a politicilor concurențiale:

□ politicile concurențiale naționale sunt expresia structurilor socio-economice interne, motivate de necesitatea prezervării eficienței economice și a bunăstării naționale; eficiența este însă un concept perceput în mod diferit de țările lumii:

● unele țări asociază eficiența economică obiectivelor sociale sau corectitudinii (*fairness*);

● alte țări consideră că eficiența economică poate fi potențată prin anumite acorduri între firme sau alte practici care distorsionează concurența pe termen scurt, ceea ce conduce la percepții diferite în ceea ce privește pragul de eficiență acceptabil (respectiv, care este limita permisă pentru încheierea de acorduri între firme sau pentru alte practici anticoncurențiale);

□ țările dezvoltate înzestrate cu legislații concurențiale puternice sunt preocupate de inexistența sau slaba reglementare a concurenței în celelalte țări, ceea ce permite companiilor interne să crească costurile de acces ale firmelor străine pe respectivele piețe;

□ țările dezvoltate și în dezvoltare care sunt principalele ținte ale măsurilor antidumping (ex. Japonia și alte țări asiatice) și cărora le este limitat accesul la piețele străine consideră că ceea ce ar trebui să primeze în preocupările viitoare ale OMC este eliminarea efectelor anticoncurențiale derivate din instrumentele tradiționale de protecție comercială și nu armonizarea legislațiilor comerciale;

□ țările mici, în special cele în dezvoltare, sunt îngrijorate de efectele negative induse de comportamentul anticoncurențial al cartelurilor: *pe de o parte*, datorită reglementărilor laxe ale concurenței sau a dificultăților de implementare a legislațiilor concurențiale conforme cu cele existente în țările dezvoltate, *pe de alta parte*, datorită faptului că legislația concurențială națională nu este aplicabilă activităților firmelor derulate pe piețele străine.

Toate încercările de a așeza economia pe alte principii, pe altruism bunăoară, s-au văzut sortite eșecului, simple utopii. Da, dar de aici și până la „lăcomia contagioasă” despre care vorbea A. Greenspan, până la aviditatea fără limite a înțelegerilor strategice de tip cartel este cale lungă. Acestea nu pot fi nicicum considerate niște virtuți, iar utilitatea lor pentru sistem este negativă, activarea lor frenetică putând conduce la eroziunea sistemului printr-un derapaj periculos. În goana nebună după superprofit cu orice preț, ridicând la cote înalte afacerile speculative și averile făcute peste noapte, au fost uitate adevăratele valori ale capitalismului: creativitatea, perseverența, spiritul de echipă, inițiativa dublată de cumpătare, soliditatea instituțională, răbdarea, echilibrul și, mai ales, munca și economisirea. Și atunci este pervertită însăși natura sistemului. Sistemul trebuie reformat. E nevoie, cum spunea Ronald Reagan, să ne reîntoarcem la bază.

După zece ani de creștere constantă, economia americană a intrat în recesiune. Evoluțiile constant pozitive ale mai tuturor variabilelor economice păreau să sfideze legități consacrate în domeniu și să promită intrarea într-un soi de „paradis economic”. Bazată pe noile tehnologii și investiții financiare, economia reală se subordona tot mai mult celei virtuale. Bursa afișa zilnic valori amețitoare, întreținute speculativ. Capitalurile se concentrău dând naștere unor conglomerate uriașe, de tip cartel, extinse la nivel mondial, care nu mai respectau nici o regulă, nici o normă legală, socială, morală etc. Statul își epuizase resursele de actor economic, reglementările sale fiind fie eludate, fie inoperante, datorită inadapării la logica triumfalistă a unei piețe pe care totul părea să devină posibil. Distincția dintre muncă și capital de diluase, creșterea părea nelimitată, profiturile depășeau orice închipuire, spațiul nu mai era o problemă, viteza limită în economie viza instantaneitate. Și pentru că toate acestea trebuiau să poarte un nume, s-au numit „noua economie”, care-și căuta între timp o nouă paradigmă.

De mai bine de trei ani, economia americană a intrat pe o pantă descendentă. Bursa a dat primele semne ale declinului, fluctuațiilor s-au amplificat, în pofida unor intervenții dorit stabilizatoare, au apărut mari falimente, au fost deconspirate mari fraude financiar-contabile, raportări umflate, venituri fictive, încrederea a coborât la cote foarte joase, instabilitatea piețelor financiare a atins cote de alarmă, reprezentanții statului fac exerciții de retorică pură, iar adepții

ciclurilor economice își văd revalidate teoriile ce păruseră amenințate vreme de un deceniu de creștere fulminantă. Acum, iată recesiunea, prin amploarea prăbușirii bursiere în cazul unor reprezentanți de frunte ai sistemului corporatist american (*Enron, Worldcom, Xerox, Global Crossing, Tyco, Adelphia, AOL Time Warner* s.a.) este incredibilă. După ce a acuzat „exuberanța irațională” a piețelor, Alan Greenspan vorbește acum despre „lăcomia debordantă” a managerilor și de necesitatea unei alte culturi corporatiste. Numai că aceasta se schimbă cu greutate, mai ales în condițiile în care până de curând se credea că mai totul este posibil.

Cu siguranță însă că este necesară o adaptare instituțională la noile realități ale capitalismului global. Este nevoie de noi instituții, mecanisme și proceduri care să funcționeze la nivel global. Căci altfel, ce rost mai pot avea deciziile sau reglementările statelor în condițiile integrării și liberalizării crescânde a piețelor financiare și ale exploziei inovațiilor financiare?. Acum, în plină criză economică mondială, se cer noi reglementări, îndiguiri și controale. Cine să le realizeze, atâta timp cât statele puternic industrializat funcționează după o logică a capitalului care conduce oricum la eludarea reglementărilor incomode, prin reorientarea plasamentelor, schimbarea titlurilor și alte practici.

Concluzii

Din perspectiva dezvoltării, se impune să punctăm aici câteva probleme identificate în literatura de specialitate și răspunsurile pe care le-am conturat până în prezent:

In primul rând, ce forma de cooperare internațională în cadrul OMC ar susține în mod real eforturile naționale de dezvoltare economică?[7]. Se știe că pentru o dezvoltare durabilă, orice reglementare antitrust sau adiacentă acestuia trebuie să vizeze (promoveze) interesele consumatorilor (în special ale consumatorilor săraci din țările în dezvoltare).

In al doilea rând, ce contează cel mai mult din punctul de vedere al politicii concurențiale? [8] Răspunsul ar trebui să fie promovarea unui mediu de afaceri care să stimuleze reducerea prețurilor și creșterea accesului consumatorilor la bunuri și servicii. Dar cel mai eficient mod de reducere a prețurilor rămân angajamentele tradiționale de liberalizare a pieței asumate în cadrul OMC.

In al treilea rând, dacă ne rezumăm la reglementările concurențiale limitate din cadrul OMC, care sunt opțiunile cele mai eficiente din perspectiva dezvoltării economice?[9] Răspunsul ar consta în reglementarea practicilor private care conduc la creșterea prețurilor, fără a induce costuri semnificative de implementare pentru guvernele din țările în dezvoltare, în special. Provocările actuale în reglementarea politicilor comerciale și concurențiale rezidă tocmai din satisfacerea acestui criteriu, care necesită analize detaliate pentru identificarea capacității și a constrângerilor în implementarea unor standarde concurențiale minime în țările în dezvoltare.

Serviciile financiare, telecomunicațiile, precum și alte servicii strategice rămân domeniile principale avute în vedere în toate aspectele politicii în domeniul concurenței. Asigurarea faptului că aceste piețe și alte sectoare de rețea funcționează corect este un lucru important nu numai pentru puterea de cumpărare a monedei europene și posibilitatea de a alege a consumatorilor, ci și pentru competitivitatea globală a Uniunii Europene [10].

În concluzie, asistăm în era globalizării la nașterea unor noi tipuri de relații între întreprinderi și mediul său. Existența și evoluția întreprinderii mileniului al treilea stau sub semnul impactului tehnologiei informaționale și telecomunicaționale. Natura întreprinderii actuale s-a schimbat.

Bibliografie

1. DAVIDOW, J., The Seeking of a World Competition Code: Quixotic Quest?, preluat din SCHAHTER, O și HELLAWELL, R., Competition în International Business, New York, Columbia University Press, 1981
2. Bhagwati, Jagdish N., The Theory and Practice of Commercial Policy, Princeton University Press, 1968 și Protectionism, Cambridge, MIT Press, 1988
3. Davidow, J., *Keiretsu and US Antitrust*, Law and Policy în International Business 24, 1993, p. 1035-1050
4. Un fenomen îngrijorător îl reprezintă, totuși, clivajul actual existent între economia reală și cea virtuală. Un exemplu elocvent este imensa capitalizare bursieră din SUA, care depășește 150 % din PIB-ul american.
5. ***- *Rethinking the Internet*, Business Week, 26.03.2003
6. ANDERSON, R. și JENNY, F., *Current Developments on Competition Policy in the WTO*, Geneva: WTO, 2001, www.wto.org
7. EVENETT, S., *Merger and Anti-Cartel Policies in an Era of Integrating Markets*, Banca Mondială, 2002
8. HOEKMAN, B., K. HEE, K. și OLARREAGA, M., *Markups, Entry Regulation and Trade*, World Bank Policy Research Paper, 2001
9. BHAGWATI, J. și R. E. HUDEC, R.E., *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade?*, vol.1: Economic Analysis, Cambridge, 1996
10. Comisia Europeană - Raport privind politica în domeniul concurenței pentru anul 2007, Luxemburg: Oficiul pentru Publicații Oficiale ale Comunităților Europene 2009

NATIONAL MINORITIES IN ROMANIA: GOVERNMENTAL APPROACH

Alina Alexandra BOT*

Abstract

It is widely acknowledged that the conditionality of European Union membership had a decisive contribution at the standard setting on and institutional development of minority protection at national level in candidate countries. At the beginning of the 1990s, scholars identified several dangerous contextual problems that could have halted Romania's progress in becoming a consolidated democracy, one of them being the ethnic unrests. However, Romania succeeded in becoming member in main international and European organisations dealing, among others, with the protection of minorities. The paper critically assesses the viability of the state apparatus created in Romania in order to safeguard and improve the rights of minorities inhabiting its territory in the context of the European Union integration. The question of whether the institutional framework for minority protection in Romania succeeded in achieving its stated goal: satisfy the Copenhagen criterion of "stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and, protection of minorities" is to be discussed within the paper. Furthermore, the paper assesses the extent to which the accession process has generated a substantial change in the institutional framework in Romania. The paper concludes that in order to produce qualitative results, attention must be paid not only on the formal compliance with legal standards but also on the apparatus created to promote and apply those standards.

Keywords: *minority, minority protection, European Union, state apparatus, transition, consolidated democracy*

Introduction

European and Euro-Atlantic integration has become universally the main aim of Central and Eastern European countries after the overthrow of communism. Adhesion to main international and European structures was seen as an important vehicle in the former communist countries' quest to achieve consolidated democracies. The Romanian government embraced "Return to Europe" as its most important foreign policy goal, as well. Not surprisingly thus, the Eastern Enlargement of the European Union and the membership conditionality of the Copenhagen criteria made the object of a series of studies (O'Brennan and Cox 2006; Amato and Batt 1998; Toggenburg 2006; Vachudova 2005).

By 2007 Romania officially became a member of the European Union having allegedly fulfilled the political and economic conditionality of the Copenhagen criteria. The aim of the paper is to critically assess the role of the state apparatus, one of the five major arenas of a modern consolidated democracy (Linz and Stepan 2001, 3-16), meant to protect and safeguard the rights of minorities in fulfilling the Copenhagen criterion of "respect for and protection of minorities". So far scholars paid little attention to the formal mechanisms created in Romania to ensure protection for minorities in the context of the European Union integration. The paper argues that in order to produce qualitative results attention must be paid not only on the formal compliance with legal standards but also on the efficiency of the apparatus, in our case the governmental institutions created to promote and apply those standards. To achieve that goal the paper is structured in four main parts.

* Ph.D. candidate, School of Humanities and Social Sciences, Chemnitz University of Technology, Germany (e-mail: alina-alexandra.bot@s2006.tu-chemnitz.de).

The first section briefly introduces the relevance of the minority protection issue and of the state apparatus created to promote and safeguard the rights of minorities in the achievement of consolidated democracies. The section continues with presenting the existing literature regarding the institutional framework for minority protection in Romania which is not only scarce but often treated superficially.

The second part addresses minority protection at international and European level. The section is indispensable since in absence of own standard setting norms regarding minority protection the EU often advised ratification of available international and European instruments. Moreover, national policies cannot be de-contextualized since they are shaped by international and European ones.

The third part critically analyses the institutional framework of minority protection existing in Romania in the framework of the European Union integration. The emphasis is placed on the governmental pillar of the state apparatus. Furthermore, the paper presents comparatively the measures undertaken by the three governing coalitions in order to show the effect of the different approaches on the institutional building for minority protection.

The conclusion of the paper naturally unfolds that an efficient state apparatus is indispensable in order to produce qualitative results.

Literature Review

In 2007, Romania became member of the European Union defying the sombre prognoses regarding the chances of democracy in Romania after the overthrow of communism (Huntington 1991, 278; Weiner 1994, 121; Carothers 1999, 78; Linz and Stepan 2001).

In the 1990s, Romania's prospects to become a consolidated democracy appeared gloomy and utterly unpromising. Huntington, designated Romania (alongside with Sudan¹) as "deficient in the conditions that might support the maintenance of democracy" (Huntington 1991, 278). The necessary, although not exhaustive, prerequisites for a consolidated democracy included prior democratic experience, economic development, favourable international political environment, timing, mode of transition and number and severity of problems faced (idem, 270-279). One of Romania's most dangerous contextual problems was according to the prominent scholar the ethnic/communal conflict alongside with a nationalist economy (idem, 254) However, Huntington concluded that whether democracy in fact succeeded depended on the extent to which "political leaders wish to maintain it and are willing to pay the costs of doing so" (idem, 279).

By the mid 1990s Robert Weiner reiterating Huntington's prerequisites sombrely concluded that the situation in Romania did not improve and that transition to democracy "has gotten stuck" (Weiner 1994, 121).

Linz and Stepan through a different method of analysis reached a similar pessimistic conclusion regarding the chances of democracy in Romania. The two scholars identified five interacting arenas that had to be strong for a democracy to be consolidated, including civil and

¹ Besides the six necessary conditions Huntington names two other prerequisites of a lesser importance that might also influence the outcome of a democracy – type of authoritarian regime and type of institutions created. Other scholars such as Linz and Stepan consider the type of totalitarian regime of main importance in shaping the consolidation of democracy in Romania. For the two scholars Romania's "sultanistic" communist legacy bore the blame for the many distinctions that set Romania aside from the other former Warsaw pact countries in Eastern Europe with better chances to democracy. Romania had, owing to Ceausescu's regime, the last transition, a violent regime termination, no national round table, the „most egregious human rights violation“ committed by the totalitarian regime and a former high communist official twice re-elected as president (Linz and Stepan 1996, 344-366).

political society, rule of law, existence of a usable bureaucracy and an institutionalized economic society (Linz and Stepan 1996, 5-15). By 1995, Romania was the farthest from a consolidated democracy in sharp contrast to other post-Communist East Central European countries. It had a weak civil society, no robust governing alternative, “intermittent rule of law especially in areas concerning the human rights of minorities such as gypsies and Hungarians”, no reform of the state administration and an economic society still to be crafted (Linz and Stepan 1996, 364).

Romania, with a population of 21,6 million out of which ten percent represents minorities, is according to its constitution “a sovereign, independent, unitary, and indivisible national state”.² Paradoxically, the ethnic conflict, one of Romania's most severe contextual problems according to Huntington (Huntington 1991, 254) is one of the most widely cited obstacles to democratic consolidation in multi-ethnic states (Linz and Stepan 2001, 102-7). Furthermore, Linz and Stepan argued that a “nation-state with other nation(s) present and awakened”³ would be under constant pressure to move towards a multinational state, there being an inconstancy between concepts such as “nation-state” and “consolidated democracy” (Linz and Stepan 2001, 16-38). The ethnic violences occurring at the beginning of the 1990s in Targu Mures between Romanian and Hungarians seemed only to confirm the sombre prognosis regarding the future of Romania and prompted worries that in search of legitimacy, the Romanian political leadership will further resort to populism and extreme nationalism (Weiner 1994, 122) with the potential of turning Romania into a new Yugoslavia.

Starting from the premisses that a consolidated democracy may be achieved if the will of the political elites is directed solely to that end (Huntington 1991, 279) and if the different arenas reach the necessary development (Linz 1996, 5-15) the paper critically assesses how the institutions created to initiate and safeguard minority protection measures contributed (or not) to the achievement of ethnic stability in Romania so as to fulfil the Copenhagen conditionality. Furthermore, at the end of the 1990s institution building into “competent, effective entities” was still according to Carothers one of the “critical difficulties of democratization” in Romania (Carothers 1999, 81).

The institutional framework for minority protection in Romania did not benefit from the broad attention granted to legislative measures for the protection of the minority groups. Most of the literature available contains either only descriptions of the institutions' attributions or cover a period stretching to the beginning of the 2000s. Thus, only seldom and rather superficially is the institutional mechanism as being directly linked to the EU conditionality presented.⁴ Among the contributions on the topic one has to mention two books that appeared at the initiative of the Centre for Resources for Ethno-Cultural Development that include parts tackling the institutional

² Linz and Stepan provide no definition between „other nation(s) present and awakened“ and „other nation(s) present and militant“. In the latter case democratic consolidation is highly implausible. See Linz and Stepan 2001, 16-38. Since no violent conflicts occurred since the beginning of the 1990s and militantism is often associated with violent manifestations, the author of this paper considers that the first case best applies to Romania.

³ The League of Nation's minority protection framework for Europe was composed of special minority treaties (with Poland, Yugoslavia, Romania, Greece and Czechoslovakia), minority provisions in the peace treaties with several defeated countries (Austria, Bulgaria, Hungary and Turkey), general declarations on entry to the League of Nations (Albania, Latvia, Lithuania, Estonia, Finland and Iraq), and special treaties regarding some territories (Danzig, Memel and Upper Silesia).

⁴ Other legally binding UN instruments worth mentioning as promoters of minority rights are: the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Art 2 (1948); the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination Arts 2 and 4 (1965); the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Art 13 (1966); the Convention on the Rights of the Child Art 30 (1989). The UN document addressing solely the rights of minorities is the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, which is not legally binding.

development for minority protection. Dan Oprescu in his contribution to the book “Inter-ethnic Relations in post-communist Romania” presented a severe criticism on the structures created and denounced the hypocritical approach of political leaders in what concerns minority protection at the beginning of the 1990s (Oprescu 2000). The second book “Policies for the Integration of National minorities in Romania: Legal and Institutional Aspects from a Comparative Perspective” provide an accurate historic description of the institutional framework for minority protection with an analysis of the budgetary allocations (Janosi 2008, Mohacsek 2008). Istvan Horvath dealt with the institutional framework for minority protection in Romania in his contribution to the evaluation of the effectiveness of the OSCE High Commissioner on National Minorities (Horvath 2002, 65-70). A bilingual Romanian-English guide to the institutional framework for minority protection focussing on the description of institutions' attributions is also available (Jura 2004).

Minority Protection in the European Union

A lot of ink has been spilt on the complex issue of minority protection at international and European level. At present there exists a complex legal framework addressing non-discrimination and special minority rights provisions in documents pertaining to the United Nations (UN), the Council of Europe (CoE), the Organisation for Security and Co-operation in Europe (OSCE) and recently to the European Union, as well. It is not the intention of this paper to consider in depth the international and European standard-setting documents regarding the protection of minorities, as there already exists a reach literature in that respect. However, since national policies cannot be de-contextualized and are shaped by international and European developments, a short overview on the issue is essential to the understanding of minority protection in Romania.

Until the creation of the League of Nations, minority protection was confined mostly to bilateral treaties and focused mainly on the freedom of religion (Capotorti 1979, 1-4; Green 1970, 187-9). The first international system for the protection of minorities only appeared after the First World War. The League of Nations had an intricate system for minority protection on a case to case basis,⁵ being able neither to provide a norm in the field nor to ensure observance of treaty provisions (Preece 1998, 67-95; Shaw 1991, 8-9). Romania was brought twice before the Council of the League for its mistreatment of minorities. However, the conclusion was that although present, injustices in Romania did not present the severity necessary to make them of political interest.⁶

The approach of the United Nations regarding minority protection is based on two principles: non-discrimination of and special rights for minorities. The non-discrimination principle is found in a wide range of key UN documents such as the Universal Declaration of Human Rights and the UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. The main innovation brought about by the UN was that for the first time an international body passed legally binding provisions regarding the special rights of minorities. One of the most important UN documents addressing minority protection through special rights⁷ is article 27 of the

⁵ The League of Nation's minority protection framework for Europe was composed of special minority treaties (with Poland, Yugoslavia, Romania, Greece and Czechoslovakia), minority provisions in the peace treaties with several defeated countries (Austria, Bulgaria, Hungary and Turkey), general declarations on entry to the League of Nations (Albania, Latvia, Lithuania, Estonia, Finland and Iraq), and special treaties regarding some territories (Danzig, Memel and Upper Silesia)

⁶ On the two cases brought before the Council of the League regarding Romania's mistreatment of minorities see: Watson 1994, 173-180.

⁷ Other legally binding UN instruments worth mentioning as promoters of minority rights are: the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Art 2 (1948); the Convention on the Elimination of All Forms

International Covenant on Civil and Political Rights.⁸ However, the most elaborated instrument for the protection of minorities is considered the UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities.⁹ The document although short in form and having only a politically binding character is the only UN document dealing solely with the rights of minorities (Henrard 2000, 156-193; Åkermark 1996, 119-155).

The Council of Europe disposes of several important instruments for the purpose of minority protection, among which the European Charter for Regional and Minority Languages and the Framework Convention for the Protection of Minorities as well as several recommendations of the Parliamentary Assembly.¹⁰ By 1997 the Parliamentary Assembly concluded that Romania has honoured her most important obligations and commitments regarding minority protection and that monitoring of the country may be brought to an end.¹¹

The Organisation for Security and Co-operation in Europe is one of (if not) the most active organizations focusing on the protection of minorities. Many OSCE documents¹² have broken new ground and clearly influenced the drafting of UN and Council of Europe's texts (Thornberry and Estébanez 2004, 17). Equally important is that beside its minority-related documents most of the OSCE permanent institutions and structures, as well as permanent missions deal with the problem of minority protection. However, OSCE texts have only a politically binding status.

The involvement of the European Union for the rights of the minorities is in comparison with the other organisations relatively recent. The EU began to actively include minority protection issues on its agenda out of a "security-based" approach (Kymlicka 2001, 372) being directly interested to ensure that no ethnic tension would erupt in its proximity. It is true however, that the European Parliament (EP) expressed its desire to create a European Community charter of rights for minorities as early as the beginning of the 1980s.¹³ The so-called "endogenous process" in the terms of Toggenburg represented numerous EP resolutions - mainly in the area of language policy – that produced almost no effect in the legal and political systems of the member states and only limited effect at the level of the EU (Toggenburg 2008, 85-7, Henrard 2000, 195).

The first "exogenous" measures for minority protection (such as the Copenhagen criteria of 1993, the European Commission's Annual Regular Reports, the Accession Partnerships and the

of Racial Discrimination Arts 2 and 4 (1965); the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Art 13 (1966); the Convention on the Rights of the Child Art 30 (1989). The UN document addressing solely the rights of minorities is the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, which is not legally binding.

⁸ Art. 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by General Assembly Resolution 2200A (XXI), 1966, entered into force in 1976, Part III. Art 27 of the ICCPR was described by scholars as a "Grundnorm regarding minority rights" (Henrard 2000, 156); and not accidentally it is often referred to in European documents as a source of inspiration (Åkermark 1996, 131; Gilbert 1997, 117).

⁹ Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, adopted by UN General Assembly Resolution 47/135 of 1992.

¹⁰ See inter alia: Parliamentary Assembly Recommendation 1134 regarding the rights of minorities (1990); Recommendation 1177 regarding the rights of minorities (1992); Recommendation 1201 (1993) regarding and Recommendation 1255 (1995) regarding the protection of the rights of national minorities.

¹¹ CoE PA Recommendation 1326 (1997) on the Honouring of Obligations and Commitments by Romania. On an excellent analysis on the implementation of the CoE standards regarding minority protection see: Meijknecht, Anna. 2004. *Minority Protection: Standards and Reality: Implementation of Council of Europe Standards in Slovakia, Romania and Bulgaria*. Cambridge University Press.

¹² See inter alia the Vienna Concluding Document (1989); the Document of the Copenhagen Conference of the Human Dimension of the CSCE (1990); the Charter of Paris for a New Europe (1990).

¹³ In 1979 Gaetano Arfè MEP tabled a motion for resolution on a Charter of Ethnic Minorities. The Arfè Report and accompanying motion for resolution came before the plenary session of the Parliament in October 1981 and was adopted.

initiation of Stability Pacts) only applied to candidate states, which lead to the creation of the so-called “double standard” (Amato and Batt 1998; Sasse 2004, 59-81). While minority protection was taken by granted and considered automatic in Western Europe, Eastern Europe was to be supervised on the manner in which it treated its minorities (Amato and Batt 1998; Sasse 2004, 59-81). Those obligations had no binding force for EU member states, nor did the EU possess standard-setting competences in the field of minorities or efficient monitoring instruments (Hoffmeister 2004, 100-1).

The Copenhagen criteria represented a series of clear benchmarks that candidate states had the obligation to accept if their commitment to democracy was to be taken seriously. The regular reports through which observance was monitored expressed repeatedly the Commission's concern with the candidate countries' treatment of minorities, although in several cases the political criteria was considered fulfilled. The lack of clear benchmarks at the EU level in the field of minority protection caused a case to case approach where neither the terminology used nor the recommendations made showed consistency. Furthermore in absence of an own legal document, the EU advised observance of the existing international and European documents (Guglielmo 2004, 42-48; Sasse 2004, 67-71; Hoffmeister 2004, 93-96).

The EU has constitutional provisions regarding non-discrimination. However, the term “minority” does not once appear in the EU and EC treaties. The Amsterdam Treaty,¹⁴ which is illustrative for the ambiguity existing regarding the minority protection issue included in Article 6 (1) all the values expressed by the Copenhagen criteria but excluded “respect for and protection of minorities”. And yet, Article 12 prohibits discrimination on grounds of nationality while Article 13 EC enables the Commission to take “appropriate measures to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation” (Toggenburg 2006, 5-7; de Witte 2004, 109-124). The EU Charter on Fundamental Rights that includes an ambiguous mentioning of minority protection in its preamble (Sasse 2004, 80) and a non-discrimination provision (Art. 21), would be the first EU legally binding text to mention the word “minority” should the Reform Treaty be ratified.

The European Council passed in 2000 two legislative guidelines following directly from Article 13 of the Amsterdam Treaty that had to be transposed into national legislation by 2003.¹⁵ The main innovations brought about by the two directives is that the Racial Equality Directive 2000/43/EC requires the establishment of bodies for the promotion of equal treatment at the national level and distinguishes between direct and indirect discrimination; while the Employment Equality Directive 2000/78/EC establishes a general framework for equal treatment in employment and condemns discrimination.

Governmental Protection of Minorities 1990-1997

“Return to Europe” was set as a main foreign policy goal by all Romanian governments after the 1989 Revolution.¹⁶ However the slow pace of domestic reform proved that Romania,

¹⁴ The Treaty of Amsterdam amending the Treaty of the European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, commonly known as the Amsterdam Treaty, was signed on October 2 1997 and entered into force on May 1, 1999.

¹⁵ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin (OJ 2000 L 180/22) and Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ 2000 L 303/16.

¹⁶ There is no consensus on when Romania clearly set a Western-oriented foreign policy, going beyond rhetoric. Dunay claimed that right after 1992 through the main directions of the term in office of the then foreign minister Melescanu See: Dunay, Pál, 1997. 'Hungarian Romanian Relations: A Changed Paradigm?'. In *The Effects of*

beyond a pro-Western rhetoric, was not committed to achieving European and Euro-Atlantic integration. It is however equally true that neither Western democratic countries nor international and European organisations showed a clear involvement to sustain democracy and democratic institution-building in Romania at the beginning of the 1990s.¹⁷ Despite the EU's rhetorical support for the process of transition, in reality, until the first half of the 1990s little was made in practice (O'Brennan and Cox 2006; 13-17).

If there is no agreement regarding the disambiguation of the Romanian foreign policy, things seem clearer when it comes to the domestic approach regarding minority protection. The formal application for EU membership coincided with a real change in the way the minority issue was addressed until then (Gallager 2001, 389).

After the 1989 Revolution, the National Salvation Front¹⁸ promised both to appoint a minister and recognise group rights for minorities. However, the newly established government rejected those measures as going beyond the Constitution (Horvath 2002, 67-8). In the context of the Romanian adhesion to the Council of Europe a first institution to safeguard the rights of the minorities was created, namely the Council for National Minorities (hereinafter referred to as either the council or as CNM).¹⁹ The Council was an advisory body of the government and was formed by representatives of national minorities and civil servants from different ministries. It was severely criticised by scholars as a façade construct meant in reality to ensure politic support to the governing party. (Oprescu 2000, 73-74; Horvath 2002, 65-7).

Governmental Protection of Minorities 1997-2004

Since the efforts of the Council for National Minorities proved scarce and brought no substantive improvement in the field, the government had to continue its endeavour to create efficient minority-oriented institutions. A series of external and internal factors favoured the setting up of new structures focussing on the rights of minorities after the arrival in power of a new government. On the one hand there was the pressure of the Copenhagen political conditionality and on the other hand the governing coalition of 1996 included the Democratic Union of Hungarians from Romania (DUHR).

Enlargement on Bilateral Relations in Central and Eastern Europe, ed. Monika Wohlfeld, Alecon, France: Institute for Security Studies of WEU, June 1997, available in English at: http://aei.pitt.edu/483/01/chai26e.html#N_18- (14.10.2008). Horvath argued that a clear disambiguation occurred in 1993 with the signing of European and Euro Atlantic Agreements (Horvath 2002, 24); some other scholars place it only after the first half of the 1990s. Cappelle-Pogăcean attributes the merit of the Western orientation of Romania's foreign policy to Iliescu's visit to Washington in 1995 (Cappelle-Pogăcean 1996/7:854); while Carothers enumerates the signs of Romania being on the right path to democracy (Carothers 1999, 78-79).

¹⁷ If democratic countries and international and European organizations did not become actively engaged in sustaining democracy the civil society and free institutions proved more active (Gallagher 2001, 386-38). However, institution-building was neglected by these, as well, in favour of more media-catching programs. See: Petrescu, Dan. 2000. 'Civil Society in Romania: from Donor Supply to Citizen Demand'. In *Funding Virtue: Civil Society Aid and Democracy Promotion*, eds. Ottaway, Marina and Carothers, Thomas. 217-243. Carnegie Endowment.

¹⁸ Frontul Salvării Naționale/ National Salvation Front: Declarație cu privire la drepturile minorităților naționale din România/ Declaration on the rights of the national minorities in Romania of January 6th 1990, in: Enache Smaranda (ed.), *România și Minoritățile* (colecție de documente 1918-1997)/ Romania and its Minorities (collection of documents 1918-1997), Liga Pro Europa, Targu Mures, 1997.

¹⁹ Government Resolution No. 137 of April 6th 1993 on the establishing and functioning of the Council for National Minorities, as published in the Official Gazette of Romania No. 74 on April 12th 1993 further amended by Government Resolution 220 of May 18th 1993 as published in the Official Gazette of Romania No. 142 on June 30th 1993.

Thus, it was not mere coincidence that improvements in the institutional construct of minority protection began to appear shortly and the visibility of minority-oriented measures increased with considerable pace after the setting up of the Department for the Protection of National Minorities (hereinafter referred to as department).²⁰ The approval of the Commission on the latest developments proved that Romania was on the right path to fulfil the political criteria (protection and safeguarding of the minority rights included), although further measures were still necessary:

“Current improvements following the arrival in power of a new government make it possible to conclude that Romania is on the way to satisfying the political criteria set by the European Council at Copenhagen.”²¹

The Department represented the first clear delimitation of the governmental from the non-governmental structures. It was set up and functioned within the government apparatus under the subordination of the Prime Minister and was managed by a delegated minister. The ministerial rank of the head of the Department signalled a prioritization of the minority protection issue on the governmental agenda. Furthermore there was a symbolic value attached to the appointment of a member of the Government to manage the department, namely the materialization of the promise made by the National Salvation Front to appoint a Minister for minorities. Furthermore, it was negotiated that head of the department would be a member of the DUHR. The creation of the department managed by a delegated minister was a satisfactory solution for all the parties forming the governing coalition, even if the reasons differed greatly. On the one hand the Romanian Democratic Convention and the Democrat Party through that tactic movement possessed the best proof possible to display to the West regarding the positive changes occurring within the country and at the same time they made sure not to grant the DUHR an important Ministry in terms of budget and personnel. On the other hand, since the head of the department had ministerial status and participated in the government sessions, the DUHR put its hopes in the Department in order to impose its agenda and obtain important changes in the status of the Hungarian minority (Oprescu 2000, 73-82).

The department took over the main attributions of the Council for National Minorities, which was down-graded to the status of advisory body under the name Council of National Minorities formed from representatives of the minority organizations represented in the parliament. The main tasks of the Department were to elaborate draft laws and other legal documents from its field of activity; to monitor the implementation of national and international normative acts regarding the minority protection issue; to receive and analyse complaints and petitions; to collaborate with the National Minority Council for legislative initiatives and budgetary distribution, to organize and promote minority oriented programmes.

Although the department has taken over and expanded, the powers of the former CNM, which not only lost its monopoly on the minority issue but had to collaborate with the Department from a lower position, in practice, according to Dan Oprescu (at that time employee within the Department) the members of the CNM have looked upon the newly created Department as their

²⁰ Government Resolution No. 17 on the Setting up, Organizing and Functioning of the Department for the Protection of National Minorities of January 31st 1997, published in the Official Gazette of Romania Part I, No. 17, of February 5th 1997 further amended by Government Resolution 506 on modification of Government Resolution 17/1997 of September 12th 1997, published in the Official Gazette of Romania No. 245, on September 19th 1997, available in English at the home page of the Minority Electronic Resources: http://www.minelres.lv/NationalLegislation/Romania/Romania_MinorDept_excerpts_Romanian.htm (15.10.2008).

²¹ European Commission, *Commission Opinion on Romania's application for membership of the European Union*, COM/97/2003 final, Brussels: 15.07.1997, available in English at the home page of the European Commission: http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/dwn/opinions/romania/ro-op_en.pdf (17.10.2008).

own secretariat that was only meant to grant them annually increased financial allocations (Oprescu 2000, 75).

The Government Resolution 17/1997 has also provided for the creation of territorial offices within the Department for the Protection of National Minorities. The first three regional offices were created in Cluj Napoca (1997), Constanta and Suceava (1998). After 1999 two further offices were set up, one in Turnu Severin and one in Arad, but the latter only functioned for a short period of time.²² Since the activity of the territorial agents depended on the “benevolence” of local prefectures (which were responsible for housing the territory offices and covering expenditure on maintenance and activity-related material from their own budget) no unitary report on the activity of the territory agents is available.

Moreover, a National Office for the Social Inclusion of the Roma²³ was set up with the main tasks to initiate, support and coordinate actions to improve the respect for the rights of the Roma.

The activity of the Department was in its first years rather modest and none of the main goals established through the Governing Programme 1998-2000 (such as adoption of a Minority Status Law and ratification of the European Charter for Regional or Minority Languages) was completely achieved. The modest results were however not surprising as the institution had a range of problems such as: inadequate minority-protection legislative framework; insufficient personnel, limited on paper to 46 - including the territorial agents but which in reality was in 1997 of nine employees to reach 27 by 2000;²⁴ inadequate qualification of the personnel; poor logistic facilities; poorly operational regional offices that depended upon the benevolence of prefectures; f) pressure from DUHR to focus on certain issues (setting up a University in the Hungarian language).²⁵ Moreover some of the attributions of the Department could not be fulfilled on account of the authorities reluctance in addressing minority problems. Thus, although the head of the Department repeatedly denounced cases of discrimination against the Roma and Hungarian minorities to the General Prosecutor's Office, requests to start proceedings were each time turned down (Andreescu 1999). In the 1998 Regular Report states:

“The Government Department for Minorities should be strengthened in term of staffing and financial resources”.²⁶

The activity of the department may be divided in two main categories, a legislative level and a programmes, measures and policies level. At the legislative level, a number of emergency ordinances dealing mainly with the restitution of real estate to members of national minorities and to the religious denominations of the national minorities were passed with the sustained support of the Department.²⁷

²² Personal communication with Rodica Precupetu, head of Unit for Programmes and Relations with Civil Society and International Bodies within the Department for Inter-ethnic Relations on January 7th 2009.

²³ The National Office for the Social Inclusion of the Roma would be renamed within the same year as National Office for Roma through Government Resolution 506/1997 Art. 8. In 2004 the National Office for Roma was transformed through Governmental Decision No. 1703/2004 into a governmental institution under the name of National Agency for Roma.

²⁴ See the interview with Tokay Gyorgy, at the Festive Reunion of the National Minorities Council Celebrating Ten Years since its Foundation, held on December 12th 2003, available in Romanian at: http://ro-gateway.ro/node/193598/comnews/item?item_id=229456 (19.09.2008).

²⁵ See also Oprescu 2000, 73-82.

²⁶ Regular Report from the Commission on Romania's Progress towards Accession, 1998, p. 12.

²⁷ Law No. 22/1997 to modify and complete the Law on Public Local Administration No. 69/1991; the Emergency Ordinance 36/1997 on the modification and completion of the Law on Education No. 84/1995; Emergency Ordinances No. 13/1998 and No. 83/1999 concerning the restitution of real estate belonging to the community of

Furthermore, worth mentioning is the setting up of an Inter-ministerial Committee for National Minorities at the initiative of the Department for the Protection of National Minorities meant to support the activity of the Department.²⁸ The establishment of the Committee and its collaboration with the Department in order to improve the conditions of the Roma minority were saluted in one of the European Commission Reports, which signalled however the need to proper on ground implementation:

“An Inter-ministerial Committee for National Minorities has been established and has contributed to strengthening the mechanism for Roma participation in the decision making process on Roma issues. (...) While progress can be registered in establishing the institutional framework to improve the conditions of the Roma, progress on the ground is very slow.”²⁹

At the policy, programmes and measures level, the main achievement was the participation of the Department in various programmes developed in the framework of the Stability Pact for South Eastern Europe – a joint initiative of the European Union, Council of Europe, and the OSCE to which Romania was member. The Pact bounds its members to intensify efforts to foster peace, democracy, respect for human rights and economic prosperity in order to achieve stability in the whole region. Within the Stability Pact for South Eastern Europe the role of Romania increased “both as a donor country and as an expertise provider”.³⁰ At national level the Department financed the 1998 National Campaign against Racism and Intolerance.

After the national elections of 2000 several departments within the prime minister’s office were reduced. The department was integrated into the Ministry for Public Information, and was renamed as “Department for Interethnic Relations” (hereinafter referred to as DIR). Furthermore, the department was managed by a state secretary instead of a minister.³¹ The measure, which was among the first ones to be adopted by the new Government was thought to signal a change in the priorities addressing minorities. On the one hand the Department was no longer an independent body (although it is naïve to assume that an entity where the management positions are occupied according to political criteria retains de facto independence) and on the other hand it seemed to have been “down-graded” (Horvath 2002, 69; Constantin 2008, 141) as it was led by a state secretary and three deputy secretaries instead of a minister. Moreover, the measures seemed to contradict the Governing Program 2001-2004, where not only continuation but also development of existing institutional and legislative initiatives was granted.³²

The subsequent events, would prove that except for being renamed and being managed by a state secretary instead of a full minister, the department diminished neither its activity nor did it suffer budgetary reductions as one might have expected. Quite on the contrary, it obtained a series of remarkable results and continued the initiatives started in-between 1997-2000, while the budget increased above the inflation rate (Mohacsek 2008, 157-166). Thus, the loss of independence and the “down-grading” was only artificial and not sustained by poor achievements. Moreover, since the setting up of the Department in 1997, except for the period in-between 2000-2004 when DUHR supported the coalition without being a “formal partner”, the Hungarian party was present

citizens members of national minorities and the Emergency Ordinance No. 112/1998 on the restitution of real estate belonging to the religious denominations of the national minorities.

²⁸ Government Resolution No. 459 on the setting up, organization and functioning of the Inter-ministerial Committee of August 7th 1998, published in the Official Gazette of Romania No. 295 on August 11th 1998.

²⁹ 1999 Regular Report from the Commission on Romania's Progress Towards Accession, p. 19.

³⁰ Council of Europe: Second Report Submitted by Romania Pursuant to Article 25, Paragraph 1 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Strasbourg, June 6th 2005, ACFC/SR/II(2005)004, p. 9.

³¹ Government Resolution No. 13 on the Organisation and Functioning of the Ministry for Public Information of January 4th 2001, published in the Official Gazette of Romania No. 16 on January 10th 2001.

³² Governing Program, Chapter 10 as published in the Official Gazette of Romania Part I, No. 700 of December 28, 2000, p. 45.

in all governing coalitions and was able therefore to ensure the needed continuation in the activity of the department.

A new reorganization of the Government brought in 2003 a series of new modifications to the status of DIR, which through a normative act, became a structure without legal personality under the subordination of the Prime Minister and coordinated with the Ministry for the Coordination of the General Secretariat of the Government.³³ The position of secretary of state as head of the department left vacant since 2001 was finally occupied in November 18th 2003. The three undersecretaries of states provided to supervise and coordinate the activity of DRI belonged each to one of the three most numerous minorities in Romania (Hungarian, Roma and German).

In order to overcome the deficiencies in fulfilling its attributions, the tasks of the Department suffered modifications as compared to those provided in the Government Resolution 17/1997. One of the most important changes was the fact that the Department had no longer competence to receive and examine claims and petitions so as to avoid interference with the Ombudsman. According to the new modifications, the Department for Interethnic Relations elaborates and submits to the Government for endorsement not only draft laws and normative acts but also strategies and policies for the maintenance, expression and development of ethnic identity of persons belonging to national minorities. Moreover the role of the Council of National Minority (which through Government Decision 589/2001 became an advisory body of the Government in the coordination of the Ministry for Public Information) was limited as the Department no longer needed recommendations in order to endorse draft laws and normative acts, their relation being specifically settled as one of collaboration.

At the legislative level the department continued to sustain the adoption of the draft laws elaborated in-between 1997-2000. It actively supported with data and arguments at the two Parliamentary chambers the adoption of the Government Ordinance 137/2000 on the Prevention and Punishment of all Forms of Discrimination.³⁴ Furthermore the Law 48/2002 on the approval of Government Ordinance 137/2000 was also adopted. They embedded in the Romanian legislation two important components of the *acquis communautaire* regarding social policies, namely the Council Directive 2000/43/EC of June 29th 2000 implementing the Principle of Equal Treatment between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin and the Council Directive 2000/78/EC Establishing a General Framework for Equal Treatment and Occupation. Romania became thus the first country among the accession group to enact general legislation fostering the non-discrimination principle. Furthermore, at the specific contribution of the Department, the Government Ordinance 137/2000 provided for the establishment of an independent enforcement body, the National Council to Combat Discrimination (addressing all forms of discrimination),³⁵ responsible with the implementation of the ordinance provisions and which became operational in August 2002.³⁶ The adoption of the Government Ordinance 137/2000 was saluted in the

³³ Government Ordinance No. 64 of June 28th 2003, published in the Official Gazette of Romania No. 646 on June 26th 2003; Government Resolution No. 749 on the Organisation, Functioning of the Department for Interethnic Relations of July 3rd 2003, published in the Official Gazette of Romania No. 488 on July 7th 2003; further amended by Government Resolution No. 1095 on the Organization and Functioning of the Department for Interethnic Relations of September 18th 2003, published in the Official Gazette of Romania No. 672 on September 23rd 2003.

³⁴ Government Ordinance No. 137 on the Prevention and Punishment of all Forms of Discrimination of August 31st 2000, republished in the Official Gazette of Romania No. 99 on February 8th 2007. As of January 1st 2007 the Ordinance remained a provisional document, being subjected to further modifications before a future final adoption.

³⁵ Government Ordinance 137/2000, Section IV, Art. 16. According to the latest modification of the Government Ordinance, the National Council to Combat Discrimination is an autonomous body with legal personality under parliamentary control.

³⁶ Personal communication with Denisa Tudor, Director of the President's Office of the National Council to Combat Discrimination on December 17th 2008.

Commission 2001 Regular Report as “major development”³⁷ in the field of minority protection. However amendments to the Law were still necessary in order to “fully conform with the acquis”³⁸.

The adoption of Law 215/2001 regarding local public administration³⁹ represented the second important element. For the implementation of the new law, DIR forwarded to the Ministry of Public Administration the list of counties where national minorities represented more than 20 percent of the total population as well as the list with the territorial-administrative units where national minorities represent more than 20 percent of the total population. By 2003 the Commission presented as a positive development the fact that “in the vast majority of cases” bilingual signs have been applied,⁴⁰ while by 2004 bilingual signs were applied even in the localities that did not meet the legal 20% threshold.⁴¹

The Government adopted Resolution No. 430 of April 25th 2001, the Romanian Government Strategy for the improvement of the Roma situation. The measure was enacted after the widespread criticism on low governmental involvement and “no substantial progress”⁴² in the protection of the Roma minority.⁴³ The improvement in the living standard of the Roma became thus a short and middle term priority of DIR in order to meet one of the political criteria on which Romania's adhesion to the EU depended. However the Commission was reserved in applauding the initiative on account of its “uneven results”, “lack of clear policies and limited funding”.⁴⁴

At the policy, programmes and measures level, the department organised inter-cultural projects that ranged from trainings to educational programmes (such as seminars, camps, school books in the minority language) and artistic events. The financing of secondary school textbooks in minority language by the Department was mentioned as a positive development in the 2003 Regular Report.⁴⁵ Within the European Year of Languages 2001 (hereinafter referred to as EYL) - a joint initiative of the Council of Europe, European Union and UNESCO to promote multilingualism, Romania although allocating a modest budget⁴⁶ of less than € 0,01 per capita managed to undertake several activities some of which were quoted as examples of “good practice” (Bunjes 2002, 12-44). Among the activities organised within the EYL with the support of the Department for Interethnic Relations, worth mentioning are the seminars for teachers and local authorities, the publishing of books, the support granted to theatrical performances, and the organisation of thematic camps and several other programmes for youths.⁴⁷

The activity of the department for the prevention of and fight against discrimination was not embedded only at the legislative level. At the beginning of 2002 the department joined the negotiations on the participation of Romania in the European Union's Community Action

³⁷ Regular Report from the Commission on Romania's Progress towards Accession, 2001, p. 22.

³⁸ Regular Report from the Commission on Romania's progress towards Accession 2002, p. 28.

³⁹ Law No. 215 of April 23rd 2001 „Law of local public administration“, published in the Official Gazette of Romania No. 204, on April 23rd 2001.

⁴⁰ Regular Report from the Commission on Romania's progress towards Accession 2003, pp. 29-30.

⁴¹ Regular Report from the Commission on Romania's progress towards Accession 2004, p. 30.

⁴² 2000 Regular Report from the Commission on Romania's Progress towards Accession p. 24.

⁴³ See the Commission Opinion on Romania's Application for Membership of the EU, 1998, pp. 11-12; the 1999 Regular Report from the Commission on Romania's Progress Towards Accession, p. 19; the 2000 Regular Report from the Commission on Romania's Progress Towards Accession, p. 24; European Parliament Report A5-0247/2000, of September 21st 2000, p. 6.

⁴⁴ Regular Report from the Commission on Romania's progress towards Accession 2003, p. 30.

⁴⁵ *Ibidem*

⁴⁶ Romania was placed however on the same budgetary allocations with countries like Germany, Italy and the Czech Republic, to mention only a few, in terms of budgetary allocation for the EYL.

⁴⁷ Council of Europe: Second Report Submitted by Romania Pursuant to Article 25, Paragraph 1 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Strasbourg, June 6th 2005, ACFC/SR/II(2005)004, p. 9.

Programme to Combat Discrimination (2001-2006). The negotiations proved successful and the department was officially invited in January 2002 to participate in the Community Action Programme. As early as May 2003 the department organised its first activity (the international conference „Good Practice in the Field of Anti-discrimination Policies“, Bucharest, 22-24 May 2003). Furthermore, the active involvement of both Romania and Bulgaria in the raising of awareness on anti-discrimination measures was recognised in a case-study report on the Community Action Programme.⁴⁸ Since 2003 the National Council to Combat Discrimination officially holds the management of activities carried out within the framework of the EU Community Action Programme (2001-2006),⁴⁹ however, that did not mark an end to the activity of DIR within the programme. Since 2005 the Department leads the national awareness-raising campaign on anti-discrimination issues supported by the European Commission with a series of projects.⁵⁰

Since the 2001-2004 Governing Program contained mainly ambiguous formulations without specifically naming the measures to be undertaken in the field of minority protection (see for instance “the Government *shall analyse* the possibility to extend the existing educational and mass-media framework in the languages of the minorities”),⁵¹ there are no objectives announced therein not to be considered as fulfilled at the end of the mandate.

Governmental Protection of Minorities 2004-2007

The participation of the DUHR in the governing coalition in 2004 was directly reflected in the establishing of the main legislative goals regarding the minority issue (see for instance the law regarding the status of national minorities).⁵² As we have already observed, every governmental modification lead to modifications in the managerial structure of DIR, the 2004 governmental restructuring made no exception. The former under-secretary of state Mr. Markó Attila Gábor, member of DUHR, was promoted in January 2005 as head of the Department having in subordination two under-secretaries of state (instead of three).

New measures were adopted in order to bring more coherence to the institutional building for national minorities. The Department for Interethnic Relations took over the responsibility for the Office for Roma Issues from the General Secretariat of the Government. Furthermore, in order to accelerate the implementation of measures regarding the Roma minority the Government established a National Agency for Roma that took over the attributions of the Office for Roma Issues within the Department for Interethnic Relations.⁵³ The newly established Agency is a public institution with legal personality under the subordination of the Government and managed by a state secretary, formerly under-secretary of state within the Department for Interethnic Relations.

⁴⁸ European Commission: DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities: Case Study on National Awareness-Raising Activities (2001-2006), Ernst and Young, Paris, 2006, p. 51, available in French at: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/eval/casestud06_fr.pdf (18.11.2008).

⁴⁹ Government Resolution 754 of July 3rd 2003 on the organization and functioning of the Department for Governmental Strategies, published in the Official Gazette of Romania No. 488 on July 7th 2003.

⁵⁰ Personal communication with Rodica Precupetu, head of Unit for Programmes and Relations with Civil Society and International Bodies within the Department for Inter-ethnic Relations on January 7th 2009.

⁵¹ Governing Program 2001-2004: Chapter 10 as published in the Official Gazette of Romania Part I, No. 700 of December 28, 2000, p. 45.

⁵² Governing Program 2005-2008: Chapter 25 Interethnic Relations as it appears on the page of the Romanian Government, available in Romanian at: <http://x.gov.ro/obiective/afis-index-diversedoc-o-pg.php?idrubrica=1> (15.11.2008).

⁵³ The National Agency for Roma was established through Emergency Ordinance No. 78 of October 7th 2004, published in the Official Gazette of Romania No. 969 on October 21st 2004.

The implementation of the Governmental Strategy on Roma adopted in 2001 did not improve and although the adoption of the strategy was a positive step, its implementation was prone to severe criticism in the 2004 Commission Regular Report.⁵⁴ Furthermore, by 2005 the Commission stated that little progress was registered in the capacity of the Agency to implement the 2001 Roma Strategy.⁵⁵ The administrative capacity of the Agency improved with the setting up of eight territory offices, improvement saluted by the Commission in its 2006 Regular Report on Romania, although concern still persisted on Romania's social inclusion of the Roma.⁵⁶

A new Government Resolution⁵⁷ brought modifications to the attributions of the department. Worth mentioning is the deletion of the provision stipulating that the Department shall "supervise the application of legal provisions on minority rights protection by local public authorities". The modification substantially limited the attribution of the department which could no longer act upon infringements of minority protection.

At the territorial level, the agents still depended on prefectures for office housing and costs related to the activity. Among the changes occurring at the territorial level, the office situated in Arad was re-located in Timisoara, where it started to function since 2006 and a new office was established in Miercurea Ciuc.⁵⁸ Among the most important achievements of the territory agents is the inventory on the level of implementation of the legislation regarding the linguistic rights of the minorities, report made even if the attribution specifically stipulating the supervision of minority-rights protection legislation by local authorities made no longer the object of the Department's activities.⁵⁹

In conformity with the Governing Program 2005-2008 and the 2003 Constitution (art. 73, paragraph 3, letter r), the Department resumed efforts after the failure in 1998 to obtain the adoption of the controversial Law regarding the status of national minorities in Romania and re-drafted it. By 2007 only partial agreement on the draft law was reached by Chamber of Deputies.

Together with the Foreign Affairs Ministry, the Department elaborated and promoted the draft law for the ratification of the European Charter for Regional or Minority Languages, legal instrument of the Council of Europe that Romania signed in 1995. The Law for the ratification of the of the European Charter for Regional or Minority Languages, adopted at Strasbourg on November 5th 1992 was promulgated shortly after Romania became full EU member, namely on November 6th 2007.

At the institutional level, shortly after Romania became member of the European Union an initiative started in 2000 was finally finalised. The setting up of the Institute for the Study of the National Minorities Problems, through Government Decision 893/2007.

At the programmes, projects and measures level, the budget increased continuously above the rate of the inflation. If in the first years of activity the Department only disposed of some 12,400 Euro (out of which 9,000 Euro for own projects and 3,400 for the minority organisations in CNM), the budgetary allocations reached by 2001 some 3,7 million Euro (out of which 190,000

⁵⁴ Regular Report from the Commission on Romania's progress towards Accession 2004, p. 30.

⁵⁵ Regular Report from the Commission on Romania's progress towards Accession 2005, p. 19.

⁵⁶ Regular Report from the Commission on Romania's progress towards Accession 2006, p. 40.

⁵⁷ Government Resolution No. 111 on the Organisation and Functioning of the Department for Interethnic Relations of February 25th 2005, Art. 1, published in the Official Gazette of Romanian No. 183 on March 3rd, 2005.

⁵⁸ Personal communication with Rodica Precupetu, head of Unit for Programmes and Relations with Civil Society and International Bodies within the Department for Inter-ethnic Relations on January 7th 2009.

⁵⁹ See: Istvan Horvath, Ramona Rat, Katalin Vitos, 'Aplicarea legislatiei cu privire la drepturile minoritatilor nationale in Romania: Drepturi lingvistice in administratia publica locala/ Application of the Legislation regarding the National Minority Rights in Romania: Linguistic Rights in the Local Public Administration', 2006, available in Romanian at the home page of the Department for Interethnic Relations: <http://www.dri.gov.ro/index.html?page=integrare> (19.11.2008).

for own projects and 3,6 million Euro for the minority organisations in CNM) and by 2007 the total amount granted to the Department was of 15 million Euro (out of which 1,2 million for own projects and 13,8 million for the minority organisations in CNM). The generous budgetary allocations provided the department the means to initiate and support an impressive number of national projects: 60 interethnic projects in 2004, 75 interethnic projects in 2005, 106 projects in 2006 and 120 projects in 2007. (Janosi 2008, 131; Mohacsek 2008, 157-166)

The National Authority for the Restitution of Property was set up in 2005 under the Chancellery of the Government in order to assist the territorial commissions responsible for the return of unjustly confiscated real estate of minorities and religious entities and to monitor the process of restitution. The Commission in the 2005 Regular Report saluted the initiative, although the Authority was not operational and lacked appropriate staff and budgetary resources.⁶⁰

Conclusion

The Romanian approach regarding the institutional framework for minority protection was rather ambiguous with many changes in the status and often overlapping attributions of the main institutions. However by 2007 the institutional framework included a clearly delimited governmental structure – the Department for Interethnic Relations - dealing with the general problems of minorities, the National Agency for Roma focusing specifically on the Roma minority, the most disadvantaged minority in Romania and the National Authority for the Restitution of Property.

The Department for Interethnic Relations successfully accomplished until now the tasks it was created for, not only to initiate and promote legislation in the field of minority protection but to act as a forum for dialogue and to initiate and participate in national and international programmes. It created the premises and achieved, according to Attila Marko, “a real change of mentality” (Marko 2004, 36). The path to stability was not always smooth, the several changes in the status and managerial structure so as to fit political criteria, however had only limited influence on the activity of the Department.

It is however true that only accompanied by political will does the state apparatus manage to achieve optimal results. That was possible either with the participation of the DUHR in the governing coalitions or with special partnerships concluded with the DUHR. Although the legislative goals of the different governmental coalition were diverse it may be noticed that a continuity of main legislative initiatives existed. Romania was the first country among the accession group to enact general legislation fostering the non-discrimination principle and embed the main EU non-discrimination guidelines (Council Directive 2000/43/EC implementing the Principle of Equal Treatment between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin and the Council Directive 2000/78/EC Establishing a General Framework for Equal Treatment and Occupation.) The budget of the department increased yearly above the inflation rate making possible the implementation of an important number of projects. The department represented successfully the Romanian Government in main EU initiatives such as the Community Action Programme to Combat Discrimination (2001-2006), European Year of Languages 2001, Stability Pact for South Eastern Europe. And not last it was actively involved in the negotiation of the 1996 Friendship Treaty with Hungary.

⁶⁰ Regular Report from the Commission on Romania's progress towards Accession 2005, p. 18.

Worth mentioning is that after Romania became officially member of the European Union, a new body began to function under the coordination of the Department, the Institute for the Study of the National Minorities' Problems⁶¹.

An important number of the problems the Department was faced with in the first years of activity have been successfully solved. Although in what concerns the number of the personnel no improvement was registered, quite on the contrary; in 1997 the maximum number could reach 46 employees (in reality it only reached 27 in 2000) as a result of the 2000 restructuring; by 2007 the maximum number of the personnel could not exceed 31.⁶² However, at present the staff benefits from vocational trainings both in the country and abroad; while the logistic facilities, although still not reaching the desired level has improved considerably throughout the years.⁶³

The National Agency for Roma and the National Authority for the Restitution of Property are in comparison new developments. The Agency represented a shift in the way the Government addressed the minority problem in Romania and the acknowledgement that the needs of the Roma are diverse as compared to Romania's other national minorities. However, until now no real progress was visible on the ground. Both the National Agency for Roma and the National Authority for the Restitution of Property are faced with under-staffing and poor financial resources and it is doubtful that once the political conditionality of the Copenhagen criteria is no longer mandatory the needed improvement will be achieved.

The attention of the Commission on the apparatus created to promote and apply minority protection standards was rather reduced in comparison to the attention granted to the Ombudsman and to the National Council to Combat Discrimination. The paper has proved that in order to produce qualitative results a solid state apparatus is indispensable.

⁶¹ The Institute was set up through the Government Ordinance 121/2000 and began to function according to Government Ordinance 893/2007.

⁶² Decision of the Prime Minister No. 156 of May 25th 2007, published in the Official Gazette of Romania No. 362 on May 27th 2007.

⁶³ Personal communication with a DIR territorial-agent in Cluj Napoca.

References

1. Åkermark, Athanasia Spiliopoulou. 1996. *Justifications of Minority Protection in International Law*. London/The Hague/Boston: Kluwer Law International.
2. Amato, Giuliano and Batt, Judy. 1998. *Minority Rights and EU Enlargement to the East. Report of the First Meeting of the Reflection Group on the Long-Term Implications of the EU Enlargement: the Nature of the New Border*. European University Institute, RSC Policy Paper No. 98/5, September 1998. Available at: http://www.iue.it/RSCAS/WP-Texts/98_05p.htm (10.03.2009).
3. Andreescu, Gabriel. 1999. Romania: Shadow Report, October 1999, available in English at MINELRES home page at: http://www.minelres.lv/reports/romania/romania_NGO.htm (10.03.2009).
4. Bunjes, Ulrich. 2002. *European Year of Languages 2001 Final Evaluation Report*. In Language Policy Division, Directorate of School, Outer School and Higher Education DG IV, Council of Europe, Strasbourg, 2002. Available in English at: http://www.coe.int/t/dg4/linguistic/Source/EvaluationAEL_EN.pdf (19.03.2009).
5. Capotorti F. 1978. *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic Religious and Linguistic Minorities*. UN Sales No. E. 78 XIV.1.
6. Cappelle-Pogácean, Antonella. Winter 1996/1997 'Hongrie/Roumanie: rivalités et synergies dans la marche vers l'Europe'. *Politique étrangère*. vol. 61, no. 4, 853-866.
7. Carothers, Thomas. 1999. *Aiding Democracy Abroad. The Learning Curve*. Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace.
8. Constantin, Sergiu. 2008. 'Romania'. In: *European Integration and its Effects on Minority Protection in South Eastern Europe*, eds. Lantschne, Emmar/Marko, Joseph/Petricusic, Antonjia, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.
9. Fink, Carole. 2000. Minority Rights as an International Question. *Contemporary European History*. 385-400, Vol. 2.
10. Gallagher, Tom. 2001. 'Building Democracy in Romania: Internal Shortcomings and External Neglect'. In *Democratic Consolidation in Eastern Europe: Volume 2 International and Transnational Factors*, eds. Zielonka, Jan and Pravda Alex. 383-413. Oxford University Press.
11. Gilbert, Geoff. 1997. Religious Minorities and their Rights. A Problem of Approach. 5 *International Journal on Minority and Group Rights*, 97-134.
12. Green, L. C. 1970. 'Protection of Minorities in the League of Nations and the United Nations'. In: *Human Rights. Federalism and Minorities*, ed. Gotlieb, A. Toronto: Canadian Institute of International Affairs.
13. Guglielmo, Rachel. 2004. 'Human Rights in the Accession Process: Roma and Muslims in an Enlarged European Union'. In: *Minority Protection and the Enlarged European Union: The Way Forward*, ed. Toggenburg, Gabriel N. 37-59. Budapest: LGI Books. Available at: <http://www.fuen.org/pdfs/20041221ToggenburgEURAC.pdf> (19.03.2009).
14. Henrard, Kristin. 2000. *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights, and the Right to Self-Determination*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers.
15. Hoffmeister, Frank. 2004. 'Monitoring Minority Rights in the Enlarged European Union'. In: *Minority Protection and the Enlarged European Union: The Way Forward*, ed. Toggenburg, Gabriel N. 85-107. Budapest: LGI Books. Available at: <http://www.fuen.org/pdfs/20041221ToggenburgEURAC.pdf> (19.03.2009).
16. Horvath, Istvan. 2002. 'Facilitating Conflict Transformation: Implementation of the Recommendations of the OSCE High Commissioner on National Minorities to Romania 1993-2001'. In: *Comparative Case Studies on the Effectiveness of the OSCE High Commissioner on National Minorities*, eds. Wolfgang Zellner/Randolf Oberschmidt/Claus Neukirch. Hamburg: Center for OSCE Research, Institute for Peace Research and Security Policy at the University of Hamburg, CORE Working Paper 8, available in English at: http://www.core-hamburg.de/documents/34_CORE_Working_Paper_8.pdf (15.03.2009).
17. Huntington, Samuel P. 1991. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman: University of Oklahoma Press.

18. Janosi, Dalma. 2008. 'Cadrlul Institutional/Institutional Framework'. In *Politici de integrare a minoritatilor nationale din Romania: Aspecte legale si institutionale dintr-o perspectiva comparata/ Policies for the Integration of National minorities in Romania: Legal and Institutional Aspects from a Comparative Perspective*, ed. Levente Salat (ed.). 127-147. Cluj Napoca: Centrul de Resurse pentru Diversitate Etnoculturala (CRDE).
19. Jura, Cristian (ed.). 2004. *Complementary System of Protection of the Human Rights and Fight against Discrimination in Romania*. Brasov: Editura Universitatii Transilvania, 2004. Available at: http://www.dri.gov.ro/documents/eb_sccdo.pdf (12. 13. 2009).
20. Lantschner, Emma/ Marko, Joseph/ Petricusic, Antonjia (eds.). 2008. *European Integration and its Effects on Minority Protection in South Eastern Europe*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
21. Linz, Juan J. and Stepan, Alfred. 1996. *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-communist Europe*. Baltimore and London: John Hopkins University Press.
22. Linz, Juan J and Stepan, Alfred. 2001. 'Toward Consolidated Democracy'. In *The Global Divergence of Democracies*, eds. Diamond, Larry Jay and Plattner, Marc F. Baltimore, 93-113. London: John Hopkins University Press.
23. Marko, Attila. 2004. 'Evolution of the Interethnic Relations Promotion System since the Foundation of the National Minorities Council in 1993'. In *Complementary System of Protection of the Human Rights and fight against discrimination in Romania*, ed. Jura, Cristian. Brasov: Editura Universitatii Transilvania. Available at: http://www.dri.gov.ro/documents/eb_sccdo.pdf (12. 03. 2009).
24. Mohacsek, Magdolina. 2008. 'Analiza finantarilor alocate organizatiilor minoritatilor nationale/Analysis of Budgetary Allocations for the Organizations of the National Minorities'. In *Politici de integrare a minoritatilor nationale din Romania: Aspecte legale si institutionale dintr-o perspectiva comparata/ Policies for the Integration of National minorities in Romania: Legal and Institutional Aspects from a Comparative Perspective*, ed. Levente Salat (ed.). 147-167. Cluj Napoca: Centrul de Resurse pentru Diversitate Etnoculturala (CRDE).
25. O'Brennan, John and Cox, Pat. 2006. *The Eastern Enlargement of the European Union*. Routledge.
26. Oprescu Dan, 2000. 'Politici Publice pentru Minoritatile Nationale din Romania (1996-1998)'. In: *Relatii interetnice in Romania postcomunista/ Interethnic Relations in Post-communist Romania*, eds. Lucian Nastasa and Levente Salat. Centrul de resurse pentru diversitate etnoculturala, Cluj Napoca. 73-82. Available in Romanian at: <http://www.edrc.ro/docs/docs/cartea-alba04.pdf> (15.03.2009).
27. Preece, Jennifer J. 1998. *National Minorities and the European Nation-State System*. Oxford University Press.
28. Sasse, Gwendolyn. 2004. 'Minority Rights and EU Enlargement: Normative Overstretch or Effective Conditionality?'. In: *Minority Protection and the Enlarged European Union: The Way Forward*, ed. Toggenburg, Gabriel N. 59-81. Budapest: LGI Books. Available at: <http://www.fuen.org/pdfs/20041221ToggenburgEURAC.pdf> (15.03.2009).
29. Shaw, Malcolm N. 1991. 'The Definition of Minorities in International Law'. In: *The Protection of Minorities and Human Rights*, eds. Dinstein, Yoram and Tabory, Mala, 1-33. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers.
30. Thornberry, Patrick. 1980. 'Is There a Phoenix in the Ashes? International Law and Minority Rights'. 421-58 *Texas International Law Journal* vol. 15.
31. Thornberry, Patrick and Estébanez María Amor Martín. 2004. *Minority Rights in Europe: a Review of the Work and Standards of the Council of Europe*. Council of Europe Publishing.
32. Toggenburg, Gabriel N. 2006. *A Remaining Share or a new part? The Union's Role vis-à-vis Minorities after the Enlargement Decade*. EUI Working Paper Law, No. 2006/15, San Domenico di Fiesole: European University Institute Badia Fiesolana.
33. Vachudová, Milada Anna. 2005. *Europe Undivided: Democracy, Leverage, and Integration after Communism*. Oxford University Press.
34. Vijapur, Abdulrahim P. 2006. International Protection of Minority Rights, in: *International Studies*. 369-370. Vol. 43, Sage Journals. Available at: <http://isq.sagepub.com/cgi/reprint/43/4/367> (14.03.2009).

35. Watson, Cameron J. 1994. 'Ethnic Conflict and the League of Nations: The Case of Transylvania 1918-1940'. 173-180. *Hungarian Studies* 9/1-2. Available at: <http://epa.oszk.hu/01400/01462/00015/pdf/173-180.pdf> (15.03.2009).
36. Weiner, Robert. 1994. *Change in Eastern Europe*, Westport, Connecticut, London: Greenwood Publishing Group.
37. de Witte, Bruno. 2004. 'The Constitutional Resources for an EU Minority Policy'. In: *Minority Protection and the Enlarged European Union: The Way Forward*, ed. Toggenburg, Gabriel N. 109-124. Budapest: LGI Books. Available at: <http://www.fuen.org/pdfs/20041221ToggenburgEURAC.pdf>. (15.03.2009).

DEVELOPMENT OF CIVIL SOCIETY AND DEMOCRATIZATION IN THE MIDDLE EAST

Sujata Ashwarya CHEEMA*

Keywords: *civil society, democracy, Middle East, islamist associations*

Introduction

Civil Society is a term used to denote groups and organizations (non-state and non-governmental) that advocate the diverse interests of various sections of society. The existence of a civil society indicates that people are part and parcel of democratic governance, where liberty and the right to associate without fear or pressure, constitute the foundational principles of social order. The individual is the fundamental category of the notion of civil society, as the latter is the product of his free will and action. It is difficult, therefore, to imagine the existence of civil society in an authoritarian political order, where individual liberty is subordinated to the dictates of the regime. Democracy and civil society are linked in a relationship of mutuality. Liberty and democracy fosters the development of civil society and a vibrant civil society by aggregating and articulating the interests of people expands the democratic space. This space constitutes a vital link between individual and the state. It is a conduit through which people communicate their aims and aspirations to the state. The state is then able to carry out informed distribution of values and resources. Civil society, by constantly debating issues in the process of interest articulation, maintains a vigilant eye on the actions of government, thus keeping a check on possible abuses of power.

The London School of Economics Centre for Civil Society defines civil society in the sense that we are familiar with: "Civil society refers to the arena of uncoerced collective action around shared interests, purposes and values. In theory, its institutional forms are distinct from those of the state, family and market, though in practice, the boundaries between state, civil society, family and market are often complex, blurred and negotiated. Civil society commonly embraces a diversity of spaces, actors and institutional forms, varying in their degree of formality, autonomy and power. Civil societies are often populated by organisations such as registered charities, development non-governmental organisations, community groups, women's organisations, faith-based organisations, professional associations, trades unions, self-help groups, social movements, business associations, coalitions and advocacy group."¹

The term has acquired common currency in the in the early 1990s as a result of significant events in international politics that set the tone for the coming decades. First, the demise of authoritarian regimes of the Soviet-East European block in the late 1980s and the emergence of societies free to engage in associational activities without the fearing a clamp down gave boost to the notion of civil society. Second, groups representing, advocating, and fulfilling citizens' interests became significant aspects of political and social life with the shrinking of state in the developing world as a result of the impact of globalization. Third, under the Washington consensus, donor agencies such as the World Bank and IMF channelled loans to debt-ridden

* Sujata Ashwarya Cheema, Assistant Professor, Ph.D., Centre for West Asian Studies, Jamia Millia Islamia, New Delhi 110025 (e-mail: sacheema.cwas@jmi.ac.in).

¹ "What is civil society?" Definition by the Centre for Civil Society, London School of Economics, available at http://www.lse.ac.uk/collections/CCS/what_is_civil_society.htm (1 March 2004).

countries bypassing inefficient and corrupt governments to non-governmental organizations in the name of strengthening people's participation in the development process. Moreover, withdrawal of people from electoral process in developed countries (evidence in the declining percentage of voter turnout in the US and Europe) and a prevailing sense of apathy among them rendered civil society an attractive notion. It had the potential to reengage people back into the political life by initiating debates on issues of common concern, thus fostering solidarity in the public sphere.²

With the emergence of a plethora of social movements on a global scale in the early 1990s, embodied in ecology movement, gay rights movement and various peace movements, among others, civil society emerged as a key terrain of affirmative action to construct 'an alternative social and world order.'³ There is an increasing recognition that international organizations and national governments have to recognize the significance of civil society in the life of the citizens. The United Nations set up a high level panel on civil society 'with a view to identifying new and better ways to interact with non-governmental organizations and other civil society organizations; to identify ways of making it easier for civil society actors from developing countries to participate fully in United Nations activities; and to facilitate, manage and evaluate the relationships of the United Nations with civil society and to learn from experience gained in different parts of the system.'⁴ The Civil Dialogue initiated by the European Commission in the 1990s was a first attempt by the European Union to give the institutions of society and businesses a voice at the policy-making tables.⁵ In the same spirit, a 2004 report of the WTO, advises nation-states on the best way to share sovereignty for mutual benefit and examines the impact of what authors call the 'global associational revolution'. They consider the rise and influence of civil society to be irreversible and advise the WTO on how best to engage with and negotiate with the non-state actors.⁶ One can say that civil society is here to stay and although scholars, political activists, and policy makers acclaim the notion, there is also a trend to take a critical look at the concept.

History of the Concept

While philosophers have since the days of the city-state of Greece tried to understand the pressing issues of their time – concerning the nature of the state and society, powers and practices of the state and government; rights and duties of citizen; coexistence of individual and collective good; the expanse and limit of freedom; management of differences of capacity and opinions; and dispensation of justice – employing civil society as a framework to understand these issues emanates from an eminently modern conception of individual, society and state. Civil society is based upon the notion of individual rights and liberty: free individuals associate to regulate their lives in a manner compatible with their self-interest. The concept of civil society can be directly related to the rise of capitalism which has individualism as its foundational principle. It is therefore essentially a modern concept. The Greeks for example would not have appreciated the concept

²See Neera Chandhoke, "What the hell is 'civil society'?" Available at http://www.opendemocracy.net/democracy-open_politics/article_2375.jsp (17 March 2005).

³ Robert Cox, "Civil Society at the turn of the Millennium: Prospects for an Alternative World Order", in Louise Amoore, *The Global Resistance Reader* (New York: Routledge, 2005), pp. 103-4. *Review of International Studies*, vol. 25, no. 1, 1999.

⁴In the note by the Secretary General of the United Nations on *Report of the Panel of Eminent Persons on United Nations–Civil Society Relations*, available at www.un-ngls.org/orf/Final%20report%20-%20HLP.doc (11 June 2004).

⁵ Op. cit., Centre for Civil Society, London School of Economics (1 March 2004).

⁶ "Transparency and Dialogue with Civil Society" in WTO Report entitled, *The future of the WTO: Addressing institutional challenges in the new millennium* (2004), available at http://www.wto.org/english/thewto_e/10anniv_e/future_wto_chap5_e.pdf.

because they had no notion of inalienable individual rights. They did not distinguish between state and society. State was an ethical entity, an end in itself because human beings could attain self-perfection and self-fulfillment only through the state.⁷

The theories of social contract which emerged to justify the emerging bourgeois society considered state to be an artificial creation, a product of a contract among free individuals. The state became necessary because human beings were incapable of living without the existence of a defined political authority. While English philosopher Thomas Hobbes (1588-1679) emphasized the need for an absolute power because this alone could save men from anarchy and chaos, John Locke (1632-1704) supported a limited state. Both held that the essence of human nature can be gainfully understood in conditions of the 'state of nature', a logical abstraction from society. Hobbes asserted that human beings are motivated by self-interests. More often than not, the interest of one human being is contradictory with the interest of the other. All human beings are equal (the nature having made them so in the faculties of body and mind), such that, as Hobbes says, no one can claim for himself any benefit to which another may not pretend.⁸ Therefore, the state of nature is a condition of war of all against all. In such a situation life is 'solitary, poor, nasty, brutish and short.'⁹ Guided by the instinct of self-preservation, which illuminates their reason, individuals realize the need for a mechanism to protect themselves.

Each individual, thus, agrees to enter into a covenant with another, to give up one's natural liberty and sovereignty to a common power. Hobbes calls the multitude so united in a common power, state, or Leviathan. Hobbes does not distinguish between the State and society; the contract establishes both. It appears that Hobbes proposes two kinds of relationships: One, between the individuals and the sovereign, in which the former by their own free will, submitted to the latter; and second among the individuals, wherein, under the watchful eyes of the Leviathan, are compelled for reasons of peace and security, to limit their natural rights in a way that would be compatible with the rights of the others. The first arrangement denotes the state and the second represents the civil society. Hobbes' paradigm shows that the state is imperative for the sustenance of civil society.¹⁰

Another theorist of social contract, John Locke, put forward the concept of a limited state and a limited society. In Locke's view, individuals are both social and rational and therefore the state of nature is peaceful and orderly. It is governed by the law of nature. In the state of nature individuals possess the right of liberty, health and property. However, it was marked by uncertainties because the laws of nature were understood by the individuals in their own way and was therefore not definite. This threatened natural rights and regression of society into anarchy. It was out of this concern that people enter into a contract and constitute a common public authority. In two treaties of Civil Government, Locke sets forth the nature of government and the system of reciprocal obligations between government and individuals.¹¹

In the first treaty people place themselves under the public authority to protect themselves from the inconveniences and shortcoming of the state of nature. This authority has the power to make laws and enforce them. The second treaty imposes limitations upon this authority;

⁷ See Eric W. Robinson (ed.), *Ancient Greek Democracy: reading and sources* (MA: Blackwell Publishing, 2003), pp. 175-6.

⁸ Thomas Hobbes, *Leviathan*, edited with an introduction and notes by J. C. A. Gaskin (Oxford: Oxford University Press, 1998), 82

⁹ *Ibid.*, p. 84.

¹⁰ Hobbes' *De Cive* in *ibid.*, p. xviii

¹¹ See John Simmons, "Locke's State of Nature", in Christopher W. Morris (ed.), *The social contract theorists: critical essays on Hobbes, Locke and Rousseau* (Critical Essays on the Classics) (Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1999).

individuals never surrender their natural rights to the authority and thus the powers of the state are limited. It is limited also because it derives power from the people, and because it holds power in trust for the people. Moreover, it is must operate within the bounds of civil and natural law.¹² According to Locke, social life existed prior to the birth of the state, because even without authority people lived in society in an orderly fashion. The notions of primacy of society in relation to the state, inalienable natural rights of individuals and limits on state power gave shape to the liberal tradition in state- (civil) society relations.

Both Hobbes and Locke set forth an idea in which peaceful coexistence among individuals could be ensured through social covenants. They considered civil society as a realm governed by reason and guided by natural rights of the individual. However, they did not view civil society as a realm separate from the state. Rather they underlined coexistence of state and society. In their analysis of relation between state and society, Hobbes and Locke were influenced by the experiences of their times. They challenged the divine right theory of the state in their claim that human beings are capable of fashioning their political order.

The contract theorists were speaking for the emergent capitalism and the bourgeois class. Strongly influenced by the chaos during the Civil War in England, Hobbes built his philosophy of state and society on the founding principles of capitalism: self-interest of individuals and a state with unlimited legal sovereignty that would provide a framework of positive laws for the reconciliation of individual interest in their various associations in society. Before Hobbes the fundamental question was: anarchy or order? Locke, on the other hand, grappled with struggle between the divine rights of the king and the political rights of the parliament in the context of the Glorious Revolution of 1648. This influenced Locke to propound a theory of a limited state, where free-market capitalism could flourish without interference. In making life, liberty and property the inalienable rights of the individual, Locke laid the foundation of 'possessive individual', of a capitalist society¹³. Individuals with their repertoire of Natural Rights, would associate freely in capitalist relations of production in society, and the conflict, if any, resulting from such an association would be resolved by the law-adjudicating authority in the state.

The thinkers of Scottish Enlightenment were the first to explicitly link the notion of civil society with market economy. One of its leading exponents, Adam Ferguson, uses the term almost interchangeably with market society. In his influential text, *An Essay on the History of Civil Society*, Ferguson says that civil society emerges with market economy. In a market economy, production outside the household and for commercial use brings together individuals in a relationship of interdependence. This fosters the development of civil society, where individuals aggregate their energies for production, based on the assurance that private gains in the form of property would be safeguarded.¹⁴

Hegel too linked the rise of civil society with the development capitalism. He held that civil society emerged to serve the interests of the market economy. In *The Philosophy of Right*, he distinguished between *bürgerlichen gesellschaft* (civil society) and *der staat* (the political state). He defined the former as a set of social practices created by the capitalist economy that reflects the ethos of the market. It is a realm that offers opportunities for self-realisation in ways in which

¹² See Joshua Cohen, "Structure, Choice and Legitimacy: Locke's Theory of State", in *ibid.* Christopher Morris (1999), p. 156.

¹³ See C.B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism* (Oxford, Oxford University Press, 1962). Also see James Tully, *An Approach to Political Philosophy: Locke in Contexts* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993), p. 80.

¹⁴ Adam Ferguson, *A History on the History of Civil Society* (Philadelphia, 1989), Part IV, available at http://books.google.com/books?id=04uAAAAYAAJ&pg=PR3&dq=Adam+Ferguson&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q=&f=false.

earlier forms of society did not. Being a product of the market, civil society must also succumb to the same pitfalls as the market itself, which originate in self-interested action.¹⁵ When inequalities created by self-interest and avariciousness ‘affords a spectacle of extravagance and want as well as of the physical and ethical degeneration common to both’,¹⁶ civil society can no longer be viewed as part of man’s moral end. That is why civil society must be controlled by the state in order to sustain moral order in society.

Agreeing that civil society is linked to the capitalist mode of production, Marx held it represents the interests of the bourgeoisie. Unlike Hegel, he eschewed from assigning a positive role to the civil society. The state as superstructure also represented the interests of the bourgeois class. Therefore, it was incapable of playing a role of mediator in conflicts that arise in civil society.¹⁷ For, Marx both would wither away in the event of a socialist revolution to give way to a just society. Departing from Marx, Gramsci did not consider civil society as a part of the socio-economic base of the state but a part of the superstructure. The state is not to be understood in the narrow sense of the government; instead, Gramsci divides it between ‘political society’, which is the arena of political institutions and legal constitutional control, and ‘civil society’, which is commonly seen as the ‘private’ or ‘non-state’ sphere, including the economy. The former is the realm of force and the latter of consent. He stresses, however, that the division is purely conceptual and that the two, in reality, often overlap. He views civil society as a site for problem solving and calls it a realm where ideological capital of the bourgeois state is produced and reproduced, which ensures the hegemony of capitalism.¹⁸ Gramsci believes that the revolutionary party - is the force that will allow the working-class to develop organic intellectuals and an alternative hegemony within civil society. He believes the proletariat’s historical task is to create a ‘regulated society’ and defines the ‘withering away of the state’ as the full development of civil society’s ability to regulate itself.¹⁹

Gramsci’s account informs much contemporary thinking on the New Left on Civil Society. Robert Cox, for example, views civil society as a surrogate for revolution. Depicting globalisation of production and neo-liberal economic orthodoxy as benefiting the integrated class and encouraging ‘exclusionary and covert politics’, Cox views civil society as ‘crucial battleground’²⁰ for citizens to regain control over public life and as potential agents for transformation of the state. Others like Jurgen Habermas (1984;1996), with due recognition of the pluralism that pervades modern society, view civil society as necessary to defend democracy against the threat posed by modern state bureaucracy, which seeks to encompass more and more of social life. Rather than posing a problem as in earlier Marxist account, civil society is now viewed as providing a solution. Civil Society is seen as vital to protect autonomous public opinion and integrity of the public sphere, two pillars of democracy.²¹

Making a clear distinction among civil society, state and the economy, the New Left sees civil society as an important site for counter-hegemonic struggle and assigns a key role in

¹⁵ See “Civil Society”, in Hegel’s Philosophy of Right, available at <http://www.marxists.org/reference/archive/hegel/works/pr/prcivils.htm#PR182>.

¹⁶ Hegel, quoted in *op. cit.*, Chandhoke, 2005.

¹⁷ See Karl Marx, *Critique of Hegel’s Philosophy of Right* (Cambridge University Press, 1970). Available at <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1843/critique-hpr/index.htm>.

¹⁸ Perry Anderson, “The antinomies of Antonio Gramsci” in James Martin, *Antonio Gramsci: Critical Assessments of Leading Political Philosophers*, (London: Routledge, 2002), p. 346.

¹⁹ See Walter L. Admason, “Gramsci and the Politics of Civil Society,” *Praxis International*, vol. 7, nos. 3-4 (Winter 1987-88), p. 322.

²⁰ *Op. cit.* Cox in Amore, 2005.

²¹ Muthiah Alagappa (ed.), *Civil Society and Political Change in Asia: Expanding and Contracting Democratic Space* (Stanford: Stanford University Press, 2004), p. 29.

defending the society against the state and market and in formulating democratic will to influence the state. The neo-liberals are influenced by the conception of associational life given by Alexis de Tocqueville (1805-1859). Tocqueville, who did not use the term civil society, crafted his conception of associations as performing several key functions: meeting unmet social needs in the context of weak central government; intermediating between personal and local interests and the national common good, preventing tyranny of the majority; limiting state power; and preventing abuse by the state. His civil society, operating in conditions of socio-economic equality and political freedom, is composed of voluntary associations that cooperate for collective purposes. The interplay of the interests of these associations would guard against domination by a single interest and check the tyranny of the majority and other excesses of democracy. Tocqueville's conception of civil society is based on a limited state that would confine itself to the political sphere and guarantee the legal framework and other conditions (such as socio-economic equality) necessary for the effective functioning of civil society. The neo-liberal school conceives of civil society and its institutions in instrumental terms vis-à-vis the state, influencing state policy or altering a regime type and not as a distinct site for governance and reform that is independent of the state.²²

Taking into account the history of the development of the concept the following ideas emerge about civil society. First, free-willed individuals are at the core of the notion of civil society. Second, it is a realm within the state, where associational life fosters a based on the notion of common good instead of fragmented self-interests. And, third, civil society is also an arena which protects public opinion and guards the public sphere from interferences of the state, two vital functions for the promotion of democracy. These ideas would be examined in the following section with reference to civil society in the Middle East

Civil Society in the Middle East

The term civil society gained currency in the context of promotion of democratization in the Middle East in the post-Cold War era. Civil society as non-state groups functioning at the level of citizenry, helping resolve the problems of collective action, and acting as vehicles of specific aspirations is considered to increase prospects for democratization. Democratization in the Middle East, therefore, has become strongly linked with the study of whether civil society exists in the Middle East, together with its strengths and weaknesses and future prospects. A number of events in the region fuelled optimism regarding the existence of a vibrant civil society in West Asia. The Iranian revolution led by the merchant class, the rise of Islamist movement in the 1980s claiming to represent the people, and the declining oil prices with implications for weakening of state structure buoyed those expecting to see a flicker of democracy in a largely authoritarian region.

A number of writers of Orientalist disposition such as Bernard Lewis, Daniel Pipes, and Samuel Huntington reject the possibility of the existence of any kind of civil society in the Arab countries of the region. They contend that the absence of the notion of individual and individual rights make civil associations antithetical to the concept of collective *umma* present in Arab and Muslim societies. They further argue that Arab and Muslim societies are inherently despotic which precludes the possibility of having social and political institutions mediating between individual and the ruler. Others such as Augustus Richard Norton, Muhammad Muslih, Michael Hudson and Asad Abu Khalil believe that with economic liberalization and the consequent weakening of the state,

²² Ibid., p. 30.

civic groups have grown into a thriving sector, placing a check on many regimes.²³ Civil associations serve as a means to mediate with the authoritarian governments for social justice and human rights, and provide a forum for mobilizing people towards alternative forms of negotiation and political action. Civil society, thus, harbingers indigenous paths to democratization and political pluralism in the region.

The issue of autonomy of civil associations is a crucial issue in an authoritarian political milieu. As the civil associations are dependent on the state to provide legislations and institutional mechanism to guarantee their autonomy, that fact that such legislations rarely exist in the contemporary Middle East accentuates their dependence and forces them into negotiations with state officials to enforce an imprecise set of rules and regulations. In the context of such negotiations, neo-orientalists have pointed out that civil society produces authoritarianism not democracy, as the states in the region are unwilling to share power or show tolerance towards these groups. They 'assert that the proliferation of social movements will discourage any trend towards power sharing and greater tolerance in the region, if it does not breed civil war and anarchy'.²⁴ From a neo-orientalist perspective, therefore, the absence or presence of civil society cannot be linked indisputably to the unfolding of democracy in the region. Egypt, Jordan, Lebanon and Gaza Strip are cited as examples where the absence in the past or the contemporary growth of civil society in the present has not ushered democracy, at least on in its full form. On the other hand, many others point to the strong empirical evidence between the growth of civil society and the promotion of democratisation citing the examples of the countries mentioned above.

The argument linking civic activism and democracy is based on the assumption that associational life has the potential to defy authoritarian regimes, force liberal reforms and trigger the process of democratic transition. Indeed, 'people power' would set off a 'ripple effect' that would be the key to democratization in the Middle East. Development agencies such as World Bank the UNDP, the EC (the Barcelona Process) and USAID, subscribe to the same belief that sustained opposition from below will generate regime shifts from above and have therefore consistently provided financial support to civil society groups. However, this optimism needs a reality-check, especially in the context of the survival tactics of authoritarian regimes, that construct a faced of liberalisation, while in reality they remain as repressive as ever.

The emergence of autonomous associations in the Arab Middle East can be traced as far back as the Ottoman Empire. They subsequently proliferated during the period of the Mandate and were disbanded by the authoritarian regimes that emerged during the inter-war and post war period. It was only in the late 1980s, when economic crisis and unemployment resulted in widespread dissatisfaction with the state that civil society started to acquire a more prominent role. Given Middle Eastern regimes' incapacity to meet popular economic and political demands, associational activity virtually boomed. This is how a public space was carved, where the dissenting energies of activists 'drew citizens into political life to an unprecedented degree' and thus generated the development of a wide range of associations with their own bureaucratic structure and preoccupation to formulate policy alternatives.

Today, most scholars affirm that 'both intermediate powers and autonomous social groups exist in the Middle East'²⁵ performing a crucial role in many societies of the region. They are

²³ Beverley Milton-Edward, *Contemporary Politics in the Middle East* (Cambridge: Polity/Blackwell Publishers, 2000), p. 156.

²⁴ Yahya Sadowsky, "The new orientalism and democracy debate", in J. Beinim and J. Stork (eds.), *Political Islam: Essays from the Middle East Report* (London: I.B. Tauris, 1997), quoted in *ibid.*, Milton-Edward, 157.

²⁵ Yahya Sadowsky, "The New Orientalism and the Democracy Debate," *Middle East Report*, No. 14-21 (July-August 1993) quoted in Ali R. Abootalebi, "Middle East Economies: A Survey of Current Problems and Issues,"

primarily engaged in providing essential services to the people, where the state has failed or it has been absent. Certain crucial questions must be asked at this juncture. How well organized and autonomous are these groups? How capable are they in counterbalancing the state power? How do they help in promoting political liberalisation and democracy? A look at civil society in some of the states of the region would provide an answer to these questions as well as throw light on the prospect of the development of civil society and emergence of democracy in the region.

In Egypt, since the economic liberalization (*infitah*) announced by President Sadat in 1974, there has been a dramatic growth of civil society reflected in the increased number of registered associations from 7593 in 1976 to about 16,000 in 2003.²⁶ This in turn has made government grant concessions on some form of democratic reforms. Under President Mubarak, the regime has sought to balance between the pressures for reform of the political system towards greater pluralism and the ingrained fear within the regime concerning devolution of power to the people or their representative institutions. For instance, political parties have been allowed to function and by an amendment to the law in 2005 they have been protected from arbitrary dissolution or prevention from political practice but at the same time the new Law on Associations (2002) gives Egyptian authorities far-reaching controls over NGOs including human rights groups and their affiliated works. A provision of this law grants the government new powers to refuse registration of a group or to shut down an existing one, to monitor and oversee an NGO's key activities, including foreign fundraising.²⁷

In Lebanon, a weak state and market-led economy offers much more opportunities for civil societies to flourish. Article 13 of the National Constitution guarantees freedom of meetings and freedom of association within the framework of the law.²⁸ Civil society groups are sustained by kinship, confessional allegiance and other primordial affinities. The six major religious sects offer many of the material resources for organizing Lebanon's rich associational life. Each sect in a sense projects its own civil society, but there are also many professional associations and environmental, advocacy, trade unions, and women's groups that cross confessional lines and favour the integration of a national Lebanese civil society, as do some of the media.

As the economy of Lebanon is based on free market principles, the inevitability of political reform has become increasingly difficult for the Lebanese leader to ignore. Norton contends that 'while some restructuring of the political system has occurred, there is little prospect for comprehensive political reforms while power remains in the grip of a coterie of politicians... [and] the government operates like a giant patronage machine, enabling newly entrenched political bosses to create network of clients and grow richer on sweetheart deals.'²⁹ In this context civil society could play an ambiguous role in political reconstructing as its survival depends upon on a weak state.

In the early 1990s Jordan offered an encouraging example of democratisation in the region. By the middle of the decade it became clear, however, that Jordan had not democratized successfully; rather a façade was maintained to 'satisfy[ing] local demands for greater participation, and international, particularly American conditions of democracy for aid-giving and

Meria Journal, Volume 3, No. 3 September 1999, available at <http://meria.idc.ac.il/journal/1999/issue3/jv3n3a6.html>

²⁶ Quoted in "Civil Society: Egypt" available at <http://www.pogar.org/countries/theme.aspx?cid=5&t=2>.

²⁷ "Egypt: Civil Society Groups Severely Restricted", available at <http://www.hrw.org/en/news/2005/07/03/egypt-civil-society-groups-severely-restricted>, (3 July 2005)

²⁸ "Civil Society: Lebanon", available at <http://www.pogar.org/countries/theme.aspx?cid=9&t=2>.

²⁹ Augustus R. Norton, "Lebanon: with friends like these..." *Current History*, January 1997, quoted in *op. cit.*, Milton-Edward, 2000, p. 158.

other financial assistance'.³⁰ In 1989, the Jordanian government adopted an IMF sponsored economic liberalization program that required Jordan to decrease subsidies, taxes, and government borrowing from the domestic banking system. This led to a gradual withdrawal of governmental institutions from the economic and political arena, followed by a decrease in government services.

As the government reduced its role in the economic sphere, the vacuum was filled by social groups that provided welfare services to citizens. Such liberalization measures allowed for the reestablishment of organizations that had been previously banned, such as political parties, and those associations that had been disbanded in the years before the democratic reforms. It also allowed new civil society organizations to develop and flourish. Currently, there are more than 2,000 civil society organizations across the country working on diverse issues with varying degrees of success.

The drawing up of the National Charter included representation from all elements of Jordanian society. Once adopted in 1991, the Charter ensured Jordanian citizens the right to organize within a framework of political pluralism and rule of law. However, although it seemed promising in terms of political reform, the legislation gave wide discretionary powers—including the right to refuse licenses to or even dissolve certain organizations—to those government institutions charged with oversight. Therefore, despite the legal guarantees offered in the National Charter, civil society organizations have suffered from constraints on their ability to form and operate that have been imposed on them by multiple governmental and judicial authorities that supervise their activities. As a result, Jordanian civic groups have not succeeded in playing a significant role in voicing public demands for democratic reform. Nazih Ayubi points out that Jordan's path to democratization in many ways reflects manifestation of cosmetic democratization 'for the Yankees to see' and must be viewed a continuing process in which the destination – full democracy – is still a long way off.³¹

The development of civil society in Palestine was induced by two significant events in their national history: Israel's occupation of the West Bank and Gaza in 1967, and the establishment of the Palestinian National Authority in 1994. In response to the first event, one important priority, in addition to resistance to occupation, was self-preservation as a people. Ten years through occupation this translated into an ideology of *sumud* or 'steadfastness' in the face of adversity. *Sumud* was not conceived in passive terms; on the contrary, it required organization, service delivery, networking, mobilization, and the creation of 'support systems' of various types ranging from medical-care centers to income-generating projects. It is within this broad context that a new generation of organizations was established, each seeking to fulfill some of the needs of Palestinians under occupation.³²

The second important factor to influence the development of civil society in Palestine was the establishment of the Palestinian Authority. A host of new issues that the Palestinians faced now revolved around the nature of the relation between government and society and the type of political system that would be established. One central question revolved around whether the PLO will succeed in making the transition from a national liberation movement in exile to a government accountable to the people on issues that had not been faced before. One main concern was whether the highly centralized decision-making process in the PLO on the eve of the Oslo accords would translate into authoritarian tendencies in government. A host of new issues faced the Palestinians revolving around the nature of the relation between government and society, and the type of political system that should

³⁰ Beverley Milton-Edward, "Jordan and façade democracy", *British Journal of Middle Eastern Studies*, Vol. 20, No. 3, 1993, pp. 191-203.

³¹ Nazih Ayubi, "Islam and Democracy", in D. Potter et al. (ed.), *Democratisation* (Cambridge: Polity/Open University Press, 1997).

³² George Giacaman, "Perspectives on Civil Society in Palestine", available at <http://www.muwatin.org/george/welfare.html>.

be established. Once a new Palestinian political formation emerged on the ground in Palestine after Oslo, the threat to civil society from such a unitary model and history became quickly apparent, especially in light of the disarray of the opposition within the PLO and the resultant weakness of political parties.

Civil Society in Iran emerged, albeit in rudimentary form, during the presidency of Rafsanjani. In the aftermath of the revolution, there was no room for any group whose programs contradicted in any way with the main values adopted by the Islamic political system. Though the Islamic constitution gave room for the establishment of political parties, any opposing view was severely dealt with. The new political elite formed what was known as the Islamic Republic Political Party (IRP), which was the main political force and forefront of the religious establishment. Dissenters were accused of collaborating with the West and working against the Islamic revolution. Many people known for their hard defence of freedom, justice, and democracy were banned from working in politics or running for public offices. Only those who were willing to declare their full and unconditioned commitment to the new political system were allowed to function within the new framework.³³

President Rafsanjani (1989-97), who sought to rebuild the Iranian economy after the prolonged war with Iraq, emphasized the role of the individual in the reconstruction efforts. The process of reconstruction required a high level of cooperation between the government and the society at large, which marked the beginning of creating a real civil society. The curb over print media was lifted to a great extent and publications such as *Zan and Jamiah* discusses domestic and international issues. On the political level, Rafsanjani called for the formation of a political front under the name of Servants of Reconstruction. Acting as an umbrella for the activities of the supporters of Rafsanjani's economic and social policies, Servants of Reconstruction contained the first seeds of what later became known as the Reformers' Camp under President Muhammad Khatami (1997-2001), who became a symbol of civil society.³⁴ The boom in the number of non-governmental organizations (NGOs) attempting to push the limits of social and political freedoms further provoked a backlash from the conservative camp, whose members believed that they were the true defenders of the Islamic revolution and its values. With the election of President Ahmadinejad in 2005, the flicker of democratization witnessed during the presidency of Rafsanjani and Khatami evaporated as a new cycle of harassment of human rights activists and reformists ensued.

Any discussion of civil society and democratization in the countries of the Gulf must take into account the rentier character of their economies. In a rentier economy the state has monopoly on rents and employs a policy of expenditure around this revenue. Benefits are distributed to citizens, and the state demands nothing in terms of economic revenue. The economic structures are built around the production and export of oil, which constitutes the public sector and are controlled by the state. The public sector is the largest employer and manned by a large bureaucracy. A patron-client relationship is thus perpetuated eventually leading to consolidation of state's hold on society. The share of private sector in the economy is miniscule. High government expenditure and huge subsidies inhibit the growth of independent groups and associations that can assert for larger freedom and accountability. However, with the decline in oil revenue since the late 1980s and

³³ See Amal Hamada, "Civil Society in Iran: A Critical Review", available at http://www.islamonline.net/servlet/Satellite?c=Article_C&pagename=Zone-English-Muslim_Affairs%2FMAELayout&cid=1172072094957 (25 February 2007).

³⁴ Ibid. See also Ladan Boroumand, Roya Boroumand, "Illusion and Reality of Civil Society in Iran: An Ideological Debate", available at http://findarticles.com/p/articles/mi_m2267/is_2_67/ai_63787334/?tag=content;coll.

rising unemployment and food shortages, voluntary self-help groups have emerged that depend up the patronage of the state for their survival.³⁵

Conclusion

Civil society is a sphere of organised voluntary groups such as clubs, guilds, syndicates, federations and unions that operate in the public domain and provide a buffer between state and citizens. They help in advancing democracy by fostering an environment of free expression of ideas and opinions and by advocating civil liberties in political life. They call for the expansion of associational and media freedoms and perceive themselves as the front line of political change. They are regarded by the UN as the richest source of civic vitality in the Arab world, guiding citizens with an invisible social hand. The emergence of civil society organisations in the Middle East appears to give an impression that democratisation had been heralded in the Middle East. It would be, however, simplistic to assume that civil society organizations indicate a strong grassroots surge meant to challenge authoritarian regimes in the Middle East. In fact, authoritarian governments have strengthened their position vis-à-vis civil society and do not appear any closer to downfall than before. This paradoxical situation emerges primarily from the fact that most of the civil society organisation depend on the regimes for patronage and support. Authoritarianism implies an interventionist state, which is contrary to the notion of civil society. Civil society in Middle East emerged not because the political culture became more liberal but to fill the void left by the state's pulling out in many social issues. Here voluntary Islamist associations have acquired increasing significance. They often constitute offer the strongest opposition against the ruling elites and their efficacy in delivering goods to the people make them salient in different countries of the region and important for democratisation. Thus civil society in the Middle East consists of various interest groups and associations that differ across countries and sectors of society. They are limited by control mechanisms employed by the authoritarian regimes and are animated by agendas that are apolitical in nature.

³⁵ See, op.cit. Milton-Edwards, 2000, pp. 70-84.

THE INTEGRATION OF THE ROMA IN A DEMOCRATIC SOCIETY

Elena NEDELCU*

Abstract

To start with, this paper intends to describe the economic and socio-cultural situation of the Roma in Romania. Then it analyses the particular aspects and the complex social process of including the Roma in the Romanian society nowadays. We try to identify the main causes which led to this situation. How it was born, how it was maintained and how the economic and socio-cultural gap between the Roma and the main population deepened. Another main objective is to identify in Romanian society the main stereotypes, prejudices and forms of discrimination regarding the Roma. The conclusion is that in the Romanian society, the social inclusion of the Roma is a process that is far from being closed. A more firm and systematic mobilisation and accountability of all agencies of socialisation is needed in the elaboration and application of programs meant to fight prejudices and ethnic discrimination.

Keywords: *Social inclusion (of the Roma), stereotypes, prejudices, discrimination, democracy*

Introduction

Motto: “In Romania, wherever you might be, you are 15 minutes walking distance, in any direction, from a community of poor gypsies. With the exception of a minority enriched at the limit of law, for more than two thirds of the approximately 1,5 million Romanian gypsies, the confusing years after the fall of the communist regime meant a transition towards hopeless poverty, delinquency and violence. They were among the first fired during the restructuring in the 90s and many of them haven’t managed to find another job. Almost 75% of the gypsies live on state welfare and occasional activities. 80% have no profession. Like in the village of Mocirla, where almost all poor gypsy communities are affected by the same problems concerning work, income, education, access to medical services, ID-s, property titles, poverty and overcrowded houses”².

The present paper discusses the following issues: the economic and social situation of the Roma in present Romanian society; the causes of poor social inclusion; the identification of the factors which contribute to the improvement of this situation and the role of the agencies of socialisation in a more efficient social inclusion process of the Roma. The paper focuses especially on the identification of the main causes which led to this situation.

What is the relation between the paper and the already existent specialized literature?

The paper turns to account the results of some renown sociological researches in Romania, done in the past 20 years, as well as the results of national investigations made within the ETNOBAROMETRU of CRDE program. We used also certain statistics from the Roma Inclusion Barometer as well as direct observation of the interethnic relations in the educational environment.

The subject we approach in this paper is of major importance in a well-functioning society, its democratic evolution, for growing cohesion, cooperation and social trust.

It was noticed that in the societies with a low level of social inclusion, the numbers of districts and areas where people live in miserable conditions is growing: the economic resources

* Associate Professor, Ph.D., Social and Administrative Sciences Faculty, “Nicolae Titulescu” University (e-mail: doina.nedelcu@yahoo.com).

² Catalin Gruia, National Geographic Magazine, November, 2006.

are at the limit of subsistence or even worse, the levels of education and social assistance are insufficient.

Such a life generates and deepens the frustrations, anger, “street culture” or the so-called “around the block subcultures”, at the same time leading to the rejection of projects, institutions, values and norms of the “marginalizing” society. Studies show that where the number of the people and marginalized groups is growing, democracy is in danger. Social exclusion is a failure both for society as well as the individual. Romanian society is also affected by this phenomenon. The Roma population is one of the most disadvantaged social categories – a well-known fact especially in the last decade. In other words, the social inclusion of the Roma is a real problem in Romania which should bring together all agents of socialisation involved. The study of the causes which brought about discrimination, of the factors which contribute to the improvement of the situation of the Roma in Romanian society could offer solutions for solving this problem.

1. The Economic and Social Situation of the Roma

The integration of the Roma is one of the important problems the present Romanian society is confronted with. Democracy is by definition a society for all, where every human being, meaning every social category – Roma also- must find their place and role, must enjoy equal chances and must turn to good account its aptitudes and talents. But, in comparison with the rest of the population, we notice that the Roma are lagging. The biggest part of the community continues to live, somewhere, at the outskirts of society, in poverty, with a minimum level of education and social security, or even under this level. Under these circumstances, sociological studies show that 2/3 of the Roma live in poverty and a quarter of them in extreme poverty, in improvised or abandoned houses, in small spaces, lacking sanitary facilities and heat. Within this ethnic group, 24% of the people aged 10 or more do not go to school and 84% of the Roma aged 14 or more never worked with a workman’s pass, do not have secure income, health insurance, unemployment or retirement benefits. Why are the Roma in this situation? What should society do to correct this situation? What should the Roma community do?

2. The Causes of Poor Social Inclusion

By analysing the following three social processes we might find the answers to the questions mentioned above: the historical discrimination of the Roma and its consequences; the attitude of the main population towards the Roma: stereotypes and prejudices; the attitude of the Roma towards the society that tries to integrate them: self-exclusion.

a) The Historical Discrimination and the Economic Backward State

Motto: „Ignorance feeds the fear and the fear feeds prejudices and intolerance. For centuries the Roma have been discriminated against because of their way of life and the attachment to their traditions. For centuries Europe has unjustly treated the Roma population thus missing the chance to understand and appreciate all its wealth, patrimony and cultural diversity. By learning, tolerating and respecting the Roma and their culture we could create the best Europe for everybody.”(Terry Davis – The Secretary General for the Council of Europe)

For many centuries from the moment they settled on Romanian territory until the XIXth century, the Roma had a marginal social status as being slaves. Because their social they were not treated as human beings, as persons but as working tools on the property of a master, an “instrument” which could have been sold, given or ill-treated. The masters had unlimited rights over the slaves on their property, but they could not take their lives. The marriage between two

slaves was allowed only with permission from the master. If a free man would have married a slave, he or she would have become a slave too as well as the children resulting from that marriage.

Beginning with the XVIIIth century, there are new regulations improving the situation. The free husband could keep his free man status as well as the children resulting from that marriage. Regarding the selling of slaves, it was forbidden to separate a legally constituted family as well as the parents from their children.

In the second half of the XVIIIrd century, during the reign of Maria Tereza and Joseph the Second, a set of values concerning the assimilation and the compulsory settling of the Roma population in the Empire was passed, thus the Roma from Transylvania were also affected. They had the following restrictions: free circulation, language, traditional costumes, traditional occupations, marriage etc.

Even when slavery was abolished (1864) and their status somehow improved, the centuries of tragic history left their mark on the economic and socio-cultural evolution of the Roma, and on the relations with the main population. Today, in Romania, it is officially acknowledge that, in relation to the main population, the Roma form a disadvantage marginalized social category.

The poor and very poor Roma are subject to a double social exclusion: an external one caused by the main population which does not show citizenship solidarity when it comes to the Roma, and an internal one caused by the corrupt "class" of the ethnic community. Lacking any kind of resources, the poor Roma are extremely vulnerable in front of the internal mafia, falling victim to prostitution, beggary, any type of exploitation.

b) The Attitude of the Majority Population towards the Roma: Stereotypes and Prejudices

Another factor which decisively contributes to the marginalization of the Roma is their negative portrayal made by the other communities, *the perpetuation and the consolidation of a strong set of stereotypes and prejudices regarding their behavioural characteristics*. Stereotypization consists of the undifferentiated treatment of the members of a group, the generalizing rigid simplifying ideas regarding a situation, an individual, a group. The belief that all Roma are lazy and dishonest is such a stereotype. Because of these stereotypes, prejudices are born: feelings, negative attitudes towards people and groups of people. The belief that the birth rate of the Roma should be controlled and the contempt towards this ethnic group are eloquent examples of prejudices based on wrong and rigid generalisations.

Often, prejudices give birth to discrimination, negative, unjust behaviours for certain persons and/or groups. For instance, the refusal to hire Roma in a firm is a form of discrimination. Sociological studies show the fact that not always prejudices give birth to discriminatory behaviours. People's behaviours depend not only on their beliefs but also on external circumstances, rules and laws which govern the society. If the laws forbid discrimination, even if a person has prejudices it will avoid openly manifesting them. On the other hand, even if the prejudice limited by law does not convert into behaviour (does not manifest itself) it still becomes a negative predisposition at any time ready to come out and manifest itself. According to the "theorem" of Thomas, the condition and the human behaviour depend not on the given situation but on the way it is defined by those who take part in it. A formulated definition becomes reality as soon as it is shared by a big number of people. The negative definitions given to some social groups (populations, ethnic groups etc.) are very dangerous and can lead not only to their isolation and subestimation but also to their annihilation.

R. Merton notices that in the 30s, the black people were portrayed as dishonest, lazy, strike breakers, thus the white people were avoiding them. This social defining reduces the employment

possibilities of the black people on the labour market. A similar situation exists in Romanian society. The fact that the main population perceives the Roma as dirty, lazy, dishonest has negative effects on their professional chances, on their self-esteem and the capacity to overcome their condition. Even if a Rom has the same professional qualifications as a Romanian, usually the latter is preferred. Studies indicate the fact that in comparison with the Romanians, the Roma carry on activities which are less paid but which require physical work, take place in toxic environments, which indicates on the one hand lack of education, and on the other hand a form of discrimination. Sociological research shows that Romanians built up a quite rigid stereotype regarding the Roma community, its core part gravitating around the following four characteristics: dishonesty, laziness (the opposite of work), filth, uncivilized behaviour.

The main population has the tendency to delimit itself from the Roma, to avoid having relations with them: only 9% of the Romanians declare that they like talking or collaborating with the Roma, while 35% admit that they do it sometimes but have restraints, and 56% avoid doing it altogether. A big part of the Romanians (63%) dislike the idea of having Roma neighbours or of doing business with them. It is a paradox that although Romanians have a rather negative attitude towards the Roma, avoidance-rejection (78%) rather than acceptance-appreciation, they consider themselves tolerant and understanding towards them. In other words, they do not admit, they are not aware that they are carrying prejudices towards the Roma. But it is a fact that you cannot get rid of prejudices if you don't even admit you have them.

So, the first step in our liberation from the preconceived ideas should be to find them by analysing ourselves, our attitudes, reactions, behaviour towards the other ethnic groups, and then followed by the awareness of the negative social effects that come along. Apparently, by doing this analysis, even the most democratic personalities will be surprised by themselves to notice that in certain circumstances they might do impermissible generalisations, having rigid, negative attitudes towards certain social groups. Returning to the above-mentioned study, we notice that most of the main population is in abeyance regarding the Roma. The Romanians expect change to start from the Roma. They expect the Roma to prove they are honest, hard-working, civilized etc. In other words they don't see themselves as parts of this change. Their role is a passive one. Under these circumstances, it is not possible to change the present situation of the relations between the Roma and the Romanians. Change needs active participation of both sides, even more of the main one that has to integrate the minority.

The above-mentioned study shows that most Romanians (80%) are distrustful of the improvement of the relations between them and the Roma. Only 20% of the people interviewed consider that, in time, these relations will improve.

Still, according to the Roma Inclusion Barometer, initiated by the Open Society Foundation, the intolerance of the Romanians towards the Roma was reduced by half in the last years. Even if Romanian society became more tolerant and the level of intolerance was reduced from 73% in 1993, to 36% last year, the Roma still feel discriminated when coming in contact with the town-halls, police and medical system employees. However, the school is the place where they feel less discriminated. According to the OSF study, 45% of the Roma from Romania declare themselves Romanianized Roma, educated in the spirit of the Romanian culture, approximately 15% are *rudari* and *vatrari*, categories relatively assimilated by the main culture, only 15% identify themselves with the more traditional relatives of the copper-smiths, gypsies and brick makers, while the remaining 25% consider themselves "only gypsy" or affiliate themselves to another group.

c) The Attitude of the Roma towards Society: Self-exclusion

The long history of discrimination and marginalisation of the Roma put its mark on their mentalities and behaviour. The Roma enclosed inside a conservative cultural tradition, based on a

moral of survival under unfavourable conditions, on practicing activities at the limit of legality, low interest in education, general norms of social convention. Their cultural tradition tended to develop a certain internal solidarity, simultaneously with the maintenance and even deepening the distance between them and the rest of the population.

Lacking resources and their fellow citizens appreciation, the Roma have isolated themselves even more from the rest of the society, self-expelling themselves socially. The situation of the Roma confirms once again the fact that the society which has disadvantaged some of its social groups is tempted to perpetuate – even involuntarily - this situation, harming itself in this way. Marginalization is a social phenomenon hard to solve. It contains in itself a vicious circle: on the one hand, the disadvantaged population, constantly discriminated, lacking economic, educational, political resources cannot overcome the situation they are in; on the other hand, and consequently, it tends to stress the isolation, the inferior social statute, making their own values, norms, particular life styles, opposite to those preferred by society choosing a deviated identity instead of a normal identity. It is obvious that the solidarity of the disadvantaged around these values, deviated norms has no advantages for them, and even less for society, being obstacles in the way of social integration.

Returning to the Roma, we notice that their familial and ethnic solidarity was born out of the need to handle critical situations, to compensate poverty, discrimination, inferiorisation playing a modest role in the development of individual capacities, in the adaptation of the members of the society to the exigencies of modernity. They have shown little importance to education, professional training, identity cards or residence cards in this way maintaining the economic backward state and losing rights they are entitled to. Thus, statistics indicate that 3,1% of the Roma have no identity card, meaning that 47.000 persons are excluded from all the citizen rights in the Romania: education and free sanitary service for children, emergency help, other rights concerning social assistance and social insurance. They won't be able to get education, to work legally, won't be insured, cannot vote, cannot become members of any organisation, marry legally, make identity cards for their future children. And this is how a disadvantage entails many other disadvantages.

On the other hand, another factor which contributed to maintaining this disadvantage was the grown birth rate of the Roma. The big number of children per family, combined with the high level of poverty is another explanation of their incapacity to overcome on their own the state of social integration and economic backward.

3. Conclusions regarding the Factors contributing to the Improvement of the Roma Status in a Democratic Society

Society as well as the representatives of the ethnic group and each member must contribute to overcoming this disadvantage. It is a process in which all involved must contribute for everybody's benefit. Some factors of the improvement are the duty of the main population, some are the duty of the minority, and others are the duty of both sides.

In what follows we want to review these factors with the intention to develop the analysis during the next themes.

- a) The formulation and the application of some social policies meant to increase the access of the Roma to decent life conditions;
- b) The development of the skills of the Roma to contribute and to benefit from the economic, cultural and political development of the democratic society;
- c) Increasing communication and intercultural, interethnic cooperation;
- fighting prejudices and any other form of interethnic discrimination;

- practicing and developing a culture and respecting the others;
- respecting and valuing the Roma culture;
- growing the mutual trust between the main population and the Roma community;
- changing the Roma perception on education and increasing their educational performances;
- improving their self-image. The conciliation of the identities: individual, ethnic, civic.

If we try to catch in one phrase the condition for improving the situation of the Roma, we could say that they should enrol in the trend of modernization. Modernisation is the great corrector of inequalities and discriminations. (Catalin Zamfir)

In a competitive system, such as the capitalist society, a minority which cannot cope with the competition no matter how much well-meaning support might get from the society, remains, in essence, marginalized. And modernisation implies first of all the increase of the educational, professional and civic performances.

References

1. Catalin Zamfir, 2003, The Issue of the Roma: *A New Approach of the Relation between Ethnic and Modernisation*, Social Assistance magazine/2003
2. Ticu Constantin, 1996, Conditions for a New Possible Change in Attitude. *Case Study – Expectations of the Main Population from the Roma, The Psycho-sociology of Change*, Polirom
3. Catalin Zamfir, Marian Preda, 2002, *The Roma in Romania*, Ed. Expert, Bucuresti
4. Ana Maria Preoteasa, 2003, The *Presentation of an International Research Regarding the State of the Roma in Central and Eastern Europe*, in *Quality of Life*, XIV, no. 2
5. *The Situation of the Roma in the Extended European Union*, European Comission - DG Emploi et Affaires Sociales,
6. Sorin M. Radulescu, *The Roma, in the Synchrony and Diachrony of Contact Populations*, ed. Lumina Lex, 2002, Bucuresti
7. Luana Pop, *Social Politics Dictionary*, Polirom, Bucuresti, 2004
8. C.Zamfir, E.Zamfir, *Gypsies, between Ignorance and Concern*, Editura Alternative, Bucuresti, 1993
9. C.Cucos, T.Coзма, *Minorities, Marginalised*, Editura Polirom, Iasi, 1996

SHARING KNOWLEDGE INSIDE SOCIAL NETWORK SITES

Georgeta DRULĂ*

Abstract

(1) The virtual communities are increasingly numerous. The understanding of virtual community structure, functionalities and dynamics show us how to act in the sense of practice and in the benefit of organization and own person. The practice directions are creation the communities-of-practice, the virtual collaboration, and knowledge management. The purpose of this paper is to identify a model of a virtual community used in Romania and the activities in the social networks sites that are important to generate knowledge and information sharing and to develop new relationships, as well. (2) The research outcomes provided on a model used in the virtual community show us whether knowledge sharing has a support in the reality. One of the objectives of this paper is to verify that the intense activities in communities equates with knowledge sharing. This paper presents a comparative analysis of social networks sites, the most commonly used in the Romanian space: Hi5, MySpace, FaceBook and LinkedIn. The study uses several independent input variables and follows as output two factors: sharing knowledge and developing new relationships in the virtual community. The input variables are: information identifying the person and degree of trust in the social network site and in the community members. The information identifying the person suggests the relationship public – private, different self-presentation styles and the identification of behaviour in cyberspace.

Keywords: social network sites, knowledge management, virtual communities, knowledge sharing activity, social browsing,

Introduction

(1) – The issues covered by the paper

Issues covered by the paper refer to the model and the characteristics of the social network sites used by the Romanian users. The paper makes a comparison between social network sites (SNS) used by certain criteria, and aims to answer questions about the importance of virtual communities and social networks, identifying the characteristics and practices used by them. Research is focused on:

- Identification and analysis of social network sites used in Romania (or in Romanian);
- Identify the reasons for adherence to a social network site;
- Identifying opportunities to increase online visibility, create or strengthen an online reputation using SNS,
- Determining how to develop new relationships in the virtual environment.
- Sharing of knowledge.

(2) – The important issues.

Sites social networking (SNS) is a type of virtual community with a specific trend. Web 2.0 technologies have facilitated the development of virtual communities, even speaking community 2.0. Communities such as Flickr, Facebook, Myspace or Del.icio.us are famous today. These communities have rules and a culture of its own. They involve the participation of the members and a specific behavior to change or share information and knowledge between them. Using social networks sites for academic and research is a new way of communication. It is based on different technological conditions, different interests, diverse cultures and, own practices. Diversity provided by the technological support allows the use of information and various communication

* Associate profesor, Ph.D., Faculty of Journalism and Mass Communication Studies, University of Bucharest (e-mail: gdrula@yahoo.com).

tools such as: blogging, video and photo sharing. These opportunities have attracted millions of users around the world.

Increased recognition by defining personal online profile and reputation is an end in itself for some members of the community participating in the virtual social networking sites. Reputation is measured by the community and is consistent with the sharing of knowledge and value-add information. Getting a sense of efficacy is another reason that urges users to participate in an online community. They can participate by adding information or use this information for future research. All these are related to several factors taken into consideration by different authors in the analysis of SNS, such as: "trust" in the SNS, "trust" in the community, privacy, motivation and barriers to participating in a virtual community, sharing information within the community, the density of activities in the community.

(3) – How to respond to these issues?

When people participate in such a site, they build a profile and make connections to other network members. Profile is a list of identification information. It may include real or imagined data, as they are provided by the author. Members connect with each other by sending messages with multimedia content. The connection is established only after the other party accepts the invitation. The connection provides access to the "friend" profile and then build the own social network. The main reasons of using the SNS are those: to communicate, to send invitations to events, pictures, to launch various social campaigns or to make you known. Finding answers to problems studied are based on observation of virtual communities from social networks sites Hi5, FaceBook, MySpace and, LinkedIn, most used in Romania, collect data through a questionnaire and analysis of data correlations. The model used for data collection and their analysis, consider the variables:

- Privacy,
 - trust in the members,
 - trust in the SNS,
 - Density of activities in the SNS,
 - Motivation to participate in the SNS,
- and obtaining the outputs:
- Knowledge sharing and
 - Developing new relationships.

The model used in the paper shows how to link these variables with the results in the SNS, and how to measure these results.

(4) – The relation between the paper and the already existent specialized literature

Issues of trust and privacy in the SNS are addressed by many papers published in specialized journals. And many interesting studies related to the SNS due to Boyd. Until now, researches conducted on sites of social networking and sharing of knowledge pursue the matters of network relations performance, the models of communication within SNS and the problems of privacy and user profile.

All these aspects are related to researches on certain social networks sites which are representative on a virtual space, and on some users who live in a real space (country, continent, geographical area). The paper pursues Romanian cyberspace and users from Romania, using specific criteria.

Literature Review

Increasing the number of sites of social networks shows some changes on virtual communities. Thus, while virtual communities are grouped together by certain interests (themes,

topics), sites of social networks are primarily organized around people and not interests. Online communities are organized more as discussion forums, well-structured after a certain theme or in accordance with a hierarchy of topics. Social networks are built from nodes (individuals or organizations) that are linked with each other in different interdependencies, such as friendship, etc. In the sites of social network, structured as a network of people, the individual is the center of the community. Figure 1 shows this relationship. The characteristics of sites social networks have introduced a new organizational framework for online communities and a new context for researches.

Community -----> interests (themes, topics)
 Social networks sites (SNS) -----> (persons, individuals)

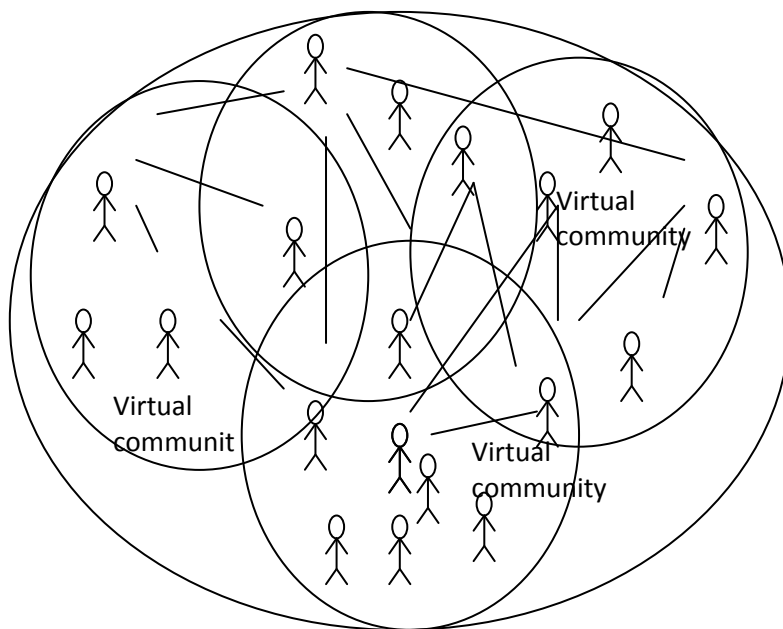


Fig. 1 Virtual communities and sites of social networks

The definition reference used for studying social network sites is given by Boyd (2007). This defines the social networking sites (SNS) as Web services that have the following characteristics:

- (a) - allow users (individuals) to build a profile within a system,
- (b) - establish a list containing other users with whom to communicate,
- (c) - view and scroll through lists of connections in the system. Nature and name of the connections may vary from system to system.

Until now, researches conducted on sites of social networks pursue some aspects, such as:

- performance of relations within the network;
- networks and structures of networks;
- online and offline connections in the social network;
- Problems related to private data and to data of user profile;

- social searching vs. social browsing;
- creation and management of tags (social tagging) to record and classify a particular content. Tags are metadata, descriptive words (keywords) assigned to a particular content (photo, web page, article, book, email, post, theme, bookmark, etc.).

Other studies are designed to study motivations and barriers that determine participation in a virtual community. Obstacles or barriers to knowledge sharing in the SNS are determined by ownership of knowledge and that people get credit for the production of knowledge, not because they change with others. Thus, a study of Alexander Ardichvili, Vaughn Page and Tim Wentling (2003) shows those participants in a community will be better motivated and will share knowledge, if they see this knowledge as a public good that belongs to the entire organization. However users (whether employees of an organization) have hesitation in this regard (to share knowledge) for fear of criticism or fear of misleading the community members because they are not sure that the information is important or relevant. To lift these barriers, the authors suggest that it takes a certain "trust" between community members. On the other hand, the most important reasons why users participate in these networks, given from different studies are:

- Inviting people to special events,
- Posting of advertisements,
- The performance of daily activities or work, such as communities of specialists, for example sciencestage.com,
- Campaigns for social causes, environmental, or philanthropic,
- For fund raising events,
- Participation in professional communities (online community college).

Issues of "trust" and "privacy" in the SNS are addressed by several papers published in specialized journals. Thus, "trust" is defined by Mayer, Davis, and Schoorman (1995) as a desire of a part to be accessible to the other. To communicate face-to-face and online as well, and to have a successful interaction, the "trust" factor is determinant to share information and to develop new relationships, most authors argue. This problem belongs to e-commerce networks and online marketing. Of time, the SNS has faced numerous problems of "trust" published in the press or even checked for its members. It is possible to trust hundreds, thousands or millions of people in an online network? A research made by Dwyer et al. (2007) for two well-known SNS, Facebook and MySpace, compare features private / public and modes of interaction in order to share information and develop new relationships with members of an online community. Results of this research suggest that in the online interaction, the "trust" factor is not absolutely necessary to build a new virtual relationship. The same comparison shows that in the SNS, "trust" and a willingness to share information are not automatically transformed in new social interactions.

The problem of "privacy" in the SNS is not clearly defined. Thus, SNS record all interactions and keep them for their use in the social data mining. Thus, these sites should have explicit policies on data protection. Studies made on the Facebook show that its members give lots of information about their very real life and are not concerned with "privacy" (Acquisti and Gross, 2006). Other studies show that (Awad and Krishnan, 2006) users are more concerned about the privacy of their personal information and less of the protection of information.

Numerous studies related to SNS due to Danah Boyd (2004, 2006, 2007, 2008). Thus, in his research, Boyd has used an ethnographic method to demonstrate how SNS members create a profile with the intention to communicate. A SNS focused on the students, Facebook, has a large expansion to the organizations, in the present. Facebook has enjoyed numerous studies until now present (Acquisti and Gross, 2006, Lampe, Ellison, and Steinfield, 2007). These studies have

collected data about profiles of members through a web crawler or directly from network members.

Theoretical Background

• Selecting SNS for comparative study

Comparative study was based initially on identifying the significant SNS for Romanian cyberspace.

According to data provided by the traffic site Alexa.com, in March 2009, at the "Social Networking" category, using "popularity" criterion, the ranking for Romania is as follows: FaceBook, MySpace, Hi5, Tagged.

Table 1: Most used SNS in Romania

SNS	URL	Alexa.com, traffic rank	Number of users
1. Facebook	www.facebook.com	5	- with a number of users in Romania less than 0.5%
2. Myspace	www.myspace.com	8	- with a number of users in Romania less than 0.5%
3. Hi5	www.hi5.com	17	-number of users in Romania - 5,2% - number of users in USA - 5,3%
4. Flickr	flickr.com	33	- with a number of users in Romania less than 0.6%
5. Skyrock	www.skyrock.com	44	
6. Friendster	www.friendster.com	47	
7. Tagged	www.tagged.com	72	- number of users in Romania - 0,9% -number of users in Germany - 0,8% -number of users in Italy - 0,7%
8. LiveJournal	www.livejournal.com	87	
9. Orkut	www.orkut.com	98	
10. Fotolog	www0.fotolog.com		
11. Bebo.com	www.bebo.com	124	
12. LinkedIn	www.linkedin.com	146	
13. Multiply	multiply.com		
14. Ning	www.ning.com	181	

Each SNS have certain geographical areas where they are used mainly. Compared with other countries, according with the data from Alexa.com, we can notice that SNS are not very much used in Romania. Most used SNS in Romania include: Facebook, MySpace, Hi5, Tagged and LinkedIn. The same preferences of the users have resulted from analysis of the questionnaire.

A Romanian traffic site, trafic.ro, put in the better position the Hi5.ro site with 110.000 members.

Sites of social networking explored in this paper are: **Facebook, MySpace, Hi5, LinkedIn and Tagged**. User profiles on SNS sites in Romania shows a population between 20 and 40 years. The sites chosen for Romania have similarities and differences, and are addressed to the same type of audience, and as concerns age.

- **The model used**

The theoretical model chosen allowed the collection of data and their analysis. This model takes as input variables, the following factors:

- privacy,
- trust in the community members
- trust in the SNS,
- type of SNS,
- density of the SNS activities,
- motivations to communicate in the SNS,
- barriers to communication in the SNS,

seeking to obtain as outputs the following results:

- knowledge sharing,
 - developing new relationships within the community and the site of social networks,
 - defining how the variables affect the sharing of knowledge and the developing of new relationships.
- Measurement of variables consistent with sharing knowledge and developing new relationships.

This model was supported and the application of a questionnaire for users of social networks sites in Romania. The questionnaire included questions that have led to conclusions about the variables and the outputs of the model.

The questionnaire applied users includes questions related to variables:

- Which type of SNS is used?,
- **(motivation, type and density of activity)** motivations to work with a SNS,
- **(motivation, privacy, users)** affiliation with an institution of higher education,
- **(trust in the members of SNS)** motivating the trust in the community members to which it belongs,
- **(trust in the members of SNS)** type of information released in profile: pictures, real name, home address, email address, mobile number, marital status,
- **(trust in the members of SNS)** the type of connexion with people from SNS (strangers, persons known from face to face communication, email, or phone)
- **(trust, privacy)** declaration the information in SNS is real or fictitious,
- **(density of activities)** frequency of use of SNS in each day, week, month,
- **(type and density of activities)** topics treated in SNS,
- **(type and density of activities)** to resolve issues and to communicate with colleagues, students use SNS more/less then groups or discussion forums,
- **(trust in SNS)** users prefer: face to face communication, email, phone, or SNS?,
- **(trust in SNS)** the users' connexion on SNS (which SNS) is initiated in reality?,
- **(obstacles to communicate in a SNS)** reasons for limited or no use of SNS.

CHARACTERISTICS OF USING SNS

Outputs of the model used

The questionnaire subjects were students, users of the SNS. Analyzing data and the correlations between them in this paper have the following result:

- Tagged and MySpace are two SNS, not much used by students. The most popular are Hi5 (percent majority), Facebook and LinkedIn.

- Absolutely all persons stated that "above all read messages in SNS than writing messages". This variable indicates that the density of activities in the SNS is low. The participation is shy, being stopped often, only with creating the profile. Creating the list of connections and effective communication is off.

- In SNS used, 66% of users say they have create real profile, at least with their real name.

- Network access is done in most situations, especially weekly. The frequency of use does not show a density of activities in SNS.

- Over 50% of answerers, whatever the network used, say that they do not prefer the SNS instead of email or communication through group discussions with friends. This variable shows little trust in using the SNS.

- The answerers also say that participating in the SNS both for sharing information and developing new relationships. For all SNS used the situation is the same.

- As a barrier to communication in the SNS, the predominant motivation which is brought is lack of trust in the community members. Conclusion drawn from the fact that most users establish connections especially with people they know initially outside the SNS, from reality.

In terms of outputs followed by the model, this research shows that members of the Hi5 network share more information, and Facebook and LinkedIn networks are better for developing new relationships between community members. The outputs suggest that "trust" is required to develop new relationships in the online environment. In all SNS used by the students, are managed relationships initiated face-to-face.

Analysis of correlations put highlights the link between inputs and outputs.

SNS	Number of users	Real profile, real name	Density of activities - Read more messages than write.	Frequency of access	Trust in the SNS - especially use mail and discussion group, not SNS	Communication is initiated in reality.	Information and knowledge sharing	Developing new relationships in SNS	Mistrust in SNS	Mistrust in the SNS members
Hi5.com	79%	66 %	100%	20% - daily, 40% weekly, 26% monthly.	60%	66%	57%	40%	40%	72%
Myspace.com	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
FaceBook.com	32%	66 %	100%	30% daily, 30% weekly, 16% monthly	47%	62%	52%	68%	64%	66%

SNS	Number of users	Real profile, real name	Density of activities - Read more messages than write.	Frequency of access	Trust in the SNS - especially use mail and discussion group, not SNS	Communication is initiated in reality.	Information and knowledge sharing	Developing new relationships in SNS	Mistrust in SNS	Mistrust in the SNS members
LinkedIn.com	52,60%	100 %	100%	10% - daily, 50% weekly, 10 % monthly.	43%	58%	40%	62%	38%	80%
Tagged.com	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-

Although they have an account SNS, most answerers said that they have not trust in this mode of one-to-many communication, explaining that this conversation seems to be not addressed them directly, and that do not obliges them to respond as mail or in discussions groups. Others have made more SNS accounts, between 2 and 6, but their frequency of use shows that users are only at the stage of creating the profile and creating a connections database, the work itself, the message sharing practically don't exist.

The most important reasons for choosing and connecting to a SNS, checked in the questionnaire are: communicating with friends, finding a job, sharing impressions and hobbies. Although, many statements say that participation in a SNS is due to "knowledge sharing", there is a small stream of information to justify this. At this time, students use social networks as an own experiment, but they seek a connection, a strong reason to work with them. These facts indicate that is a low trust in SNS, but also in community members, most members reading messages passively without reply or start a topic of discussion. There is a small percent of students who said that they did not have any account in a SNS, they do not know what is it and they were not interested in taking up this issue as a means of communication, until now. Others said they were an account on a SNS, but some incidents have led them to close the account: data profile changed, topics lightly treated, slow loading files, lack of feedback from "friends" who remain just a list of connections. The conclusion of this approach shows that SNS websites are now a hobby for the students, in which talk about other hobbies. Others give as examples of other SNS used other categories of sites with collaborative and participatory activity, as Twitter and LastFM. The fact that a majority percent of answerer say that they more read than write messages in SNS, show us that this method of communication is very "passive", "superficial", "devoid of interactivity", and that the facilities offered by these sites are not operated enough. These issues show us that the knowledge sharing and developing new relationships through SNS are not seen as advantages by the users - students interviewed.

Conclusions

(1) – General results.

The findings show that only some of SNS can do sharing of knowledge and information based on trust and can develop specific topics of interest. The SNS may have success if they are used in academia. In students' community, Hi5 is a structure open to the public, without rules of behaviour and with a wealth of tools that members use them to leave clues. LinkedIn has small work spaces and interactions are less intense. SNS with greater trust of the public are: Hi5, FaceBook and LinkedIn. All sites have reported similar levels regarding privacy, and all members said that "trust" is very important for online communication.

(2) - The implications of the results.

Topics of SNS are not always relevant, are more exchanges of mail messages without adding value to the initial information. Issues of "trust" and "privacy" are not completely understood, and motivations for communication in a SNS are not very relevant. Professionalizing the using of SNS is still at the beginning. Reduced activity on the SNS in the Romania is caused by a lack of motivations and this is an important factor that does not allow to share knowledge and to develop new relationships.

(3) - Suggestions for future research.

These studies encourage further research about the motivations of participation in an SNS, the choice of SNS, and of using it in a professional environment where initial information receives an added value.

A challenge in research could be creating and sharing of knowledge in a professional virtual community, such as teachers or researchers or business people. It is interesting to follow the flow of knowledge between community members from different organizations and how to change the knowledge in a professional virtual community. A future direction is to identify what particular kinds of knowledge are changing in the virtual professional communities.

Another direction of interest is linked to the motivations and barriers that determine participation in a virtual community. Linked to this problem is discussed how to promote knowledge sharing and how to remove obstacles to knowledge sharing in a SNS. An intuitive answer is that, through discovery and innovation, but these things must be proved.

Relationship between social networking - social browsing - social bookmarking observed in the SNS can be researched in detail to share knowledge on various communities.

References

1. Acquisti, A. and Gross, R. (2006), „*Imagined Communities: Awareness, Information Sharing and Privacy on the FaceBook*”, Proceedings of the 6th Workshop on Privacy Enhancing Technologies, Cambridge, UK, 2006
2. Adamic, L., Buyukkokten, O., and Adar, E. (2003). *A Social Network Caught in the Web*. First Monday, 8(6). http://firstmonday.org/issues/issue8_6/adamic/index.html
3. Adamic, L. and Adar, E. (2005). *How to Search a Social Network*. Social Networks, 27(3), 187-203.
4. Adamic, L. and Adar, E. (2003). *Friends and Neighbors on the Web*. First Monday, 8(6).
5. Alemán, AMM, and Wartman, KL, (2008), *Online Social Networking on Campus: Understanding what Matters in Student Culture*, http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=GH4KOM3MS-sC&oi=fnd&pg=PR9&dq=%22SHARING+KNOWLEDGE%22+%2B+%22social+networks+sites%22&ots=gHpJnrkdQO&sig=vMu_p4f-sP9wPa0wPjamas8-hTm, accesat, march 10, 2009
6. Ardichvili, A.; Page, Vaughn and Wentling, Tim (2003), *Motivation and Barriers to Participation in Virtual Knowledge-Sharing Communities of Practice*, Journal of Knowledge Management, volume 3, issue 1, page 64 – 77, <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/wbs/conf/olkc/archive/olkc3/papers/id78.pdf>, accessed June 12, 2008
7. Awad, N. F. and Krishnan, M. S. (2006), *The Personalization Privacy Paradox: an Empirical Evaluation of Information Transparency and the Willingness to be Profiled Online for Personalization*, MIS Quarterly, Volume 30, Issue 1, <http://www.misq.org/archivist/vol/30/issue1/AwadKrishnan.html>, accessed November 25, 2008
8. Boyd, D. (2006), „*Friends, Friendster and MySpace Top 8: Writing Community Into Being on Social Network Sites*”, First Monday 11:12, December. http://www.firstmonday.org/issues/issue11_12/boyd/index.html
9. Boyd, D, M., Ellison, N. B. (2007). *Social network sites: Definition, history, and scholarship*, Journal of Computer-Mediated Communication, volume 13, issue 1, article 11, pages 210 – 230, published online, December 17, 2007, <http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html>, accessed April 20, 2008
10. Boyd, J. (2002), In community we trust: Online security communication at eBay, Journal of Computer Mediated Communication, volume 7, issue 3
11. Dosh Dosh blog, *48 Social News Websites: A List of General and Niche Social Media Communities*, <http://www.doshdosh.com/list-of-social-media-news-websites/>, accessed, May 12, 2008
12. Dwyer, C. Hiltz, S. R., Passerini, K., (2007) *Trust and privacy concern within social networking sites: A comparison of Facebook and MySpace*, Proceedings of the Thirteenth Americas Conference on Information Systems, Keystone, august 2007
13. Fu-ren Lin, Sheng-cheng Lin and Tzu-ping Huang , (2008) *Knowledge sharing and creation in a teachers' professional virtual community*, Computers & Education, Volume 50, Issue 3, Pages 742-756, http://www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6V03-4902YYY-1&_user=10&_origUdi=B6V03-4902YYY-1&_fmt=high&_coverDate=04%2F30%2F2008&_rdoc=1&_orig=article&_acct=C000050221&_version=1&_urlVersion=0&_userid=10&md5=358b3a921aacf9806253d3daec2bf7f8, accessed march 10, 2009
14. Halvey, M. and Keane, M. T. (2007). *Exploring Social Dynamics in Online Media Sharing*. In Proceedings of WWW 2007.
15. Heer, J. and Boyd, D. (2005). *Vizster: Visualizing Online Social Networks*. In Proceedings of the IEEE Symposium on Information Visualization (InforViz 2005).
16. Huberman, B. and Adamic, L. (2004). *Information Dynamics in the Networked World*. In Ben-Naim, E., F. H. and Toroczaki, Z. (Eds.), Complex Networks (pp. 371-398). Berlin: Springer-Verlag.
17. Jones, Q. (1997), *Virtual-communities, virtual-settlements and cyber-archaeology: A theoretical outline*, Journal of Computer Mediated Communications, volume 3, issue 3, <http://jcmc.indiana.edu/vol3/issue3/jones.html>, accessed May 1, 2007
18. Koh, J, and Kim, Z., G., (2004). *Knowledge sharing in virtual communities: an e-business perspective*, Expert Systems with Applications, volume 26, issue 2, page 155 – 166, http://www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6V03-4902YYY-1&_user=10&_rdoc

- =1&_fmt=&_orig=search&_sort=d&view=c&_acct=C000050221&_version=1&_urlVersion=0&_userid=10&md5=c749eda2b8b2ea5d1ce14f415180f1c1, accessed march 10, 2009
19. Kumar, R., Novak, J., and Tomkins, A. (2006), *Structure and Evolution of Online Social Networks*. In Proceedings of KDD 2006 (pp. 611-617).
 20. Lampe, C.; Ellison, N.; Steinfield, C., (2006). *A Face(book) in the Crowd: Social Searching vs. Social Browsing*, Proceedings of the 20th anniversary Conference on Computer supported cooperative work, http://www.msu.edu/~steinfie/CSCW_Facebook.pdf, accessed may 10, 200
 21. Liben-Nowell, D. and Kleinberg, J. (2007). *The link-prediction problem for social networks*. Journal of the American Society for Information Science and Technology, 58(7), 1019-1031.
 22. Liu, G. Z. (1999), *Virtual community presence in internet relay chatting*, Journal of Computer Mediated Communication, volume 5, issue 1
 23. Mayer, R.C., Davis, J.H., Schoorman F.D. (1995). *An integrative model of organizational trust*, The Academy of Management Review, volume 20, issue 3, http://douglas.karalis.com/files/An_integrative_model_of_organizational_trust.pdf, accessed, September 25, 2008
 24. Nocera, J. L. A. (2002), *Ethnography and hermeneutics in cybercultural research accessing IRC virtual communities*, Journal of Computer Mediated Communication, volume 7, issue 2
 25. Preece, J., and Maloney-Krichmar, D. (2005). *Online communities: Design, theory, and practice*, Journal of Computer-Mediated Communication, volume 10, issue 4, article 1, <http://jcmc.indiana.edu/vol10/issue4/preece.html>, accessed, may 1, 2007
 26. Spertus, E., Sahami, M., and Buyukkokten, O. (2005). *Evaluating Similarity Measures: A Large-Scale Study in the Orkut Social Network*. In Proceedings of KDD 2005.
 27. Thelwall, M. (2008). *How are Social Network Sites Embedded in the Web? An Exploratory Link Analysis*. Cybermetrics: International Journal of Scientometrics, Informetrics and Bibliometrics, ISSN 1137, 5019(12), 1.

PUBLIC PATRIMONY THE ESTIMATION OF THE FAIR VALUES ASSOCIATED TO REAL ESTATE COMPONENTS

Anton Petrișor PARLAGI*

Abstract

It aimed at estimating the fair value of the fixed assets as they are defined in the international valuation standards, particularly for public property. The fair value of land and buildings is usually their market value. For public patrimony, the method must consider also the net replacement cost when there are no possibilities of identifying a market value as that type of tangible assets is very rarely sold. This paper proposes the use of social-economic parameters for adjusting the fair value, with applicability only for public property evaluation. These parameters were determined based on Property Rights, Financing Correction, Selling Conditions, Market Conditions, Localization, Physical Characteristics, Economic Characteristics, Use, Non-real estate Components of Value. Our analyses and opinions were based and developed according to the requirements of the standards of the International Valuation Standards Committee (IVSC2) and the working recommendations made by ANEVAR (National Association of evaluation agents in Romania). The purpose of the valuation report is the estimation of the fair values associated to real estate components of the public patrimony for accounting recording by the authorities, at year's end, in accordance with the International Valuation Standards and International Financial Reporting Standards (IFRS). The valuation opinion must be analyzed in the general context of economy (at report date) when the valuation operation takes place, of the development stage of the specific market (real estate) and of the purpose of the valuation.

Keywords: *public property; valuation methodology; value.*

Introduction

This paper covers the topic of public property (real estate) valuation. It proposes the use of technical-economic parameters for adjusting the fair value, with applicability only for public patrimony evaluation.

This type of valuation is necessary because there are no real market transactions, but just transactions between two governmental institutions. Such transactions must be less affected by short-term fluctuations of real estate market.

To solve this aspect, the author proposes the use of parameters for adjusting the valuation based on net replacement cost. By this proposal the author enforces the aspect of social (public utility) in real estate valuation.

Thus it develops concepts and architectures for the implementation of a more accurate public property valuation. In this context the analysis is based on market criteria of characteristics and available data, quantification for adjustment following the comparison elements: Property Rights, Financing Correction, Selling Conditions, Market Conditions, Localization, Physical Characteristics, Economic Characteristics, Use, Non-real estate Components of Value.

This aspect is quite ignored in the valuation methodology of public property.

The market value methodology, applied for private transactions, cannot be applied on public domain transactions without considering the social impact/ aspects of the transaction.

The paper proposes valuation scenarios and prototypes available for national use in all governmental (central or local) institutions.

* Associate Professor, Ph.D., Social and Administrative Sciences Faculty, "Nicolae Titulescu" University.

Literature review

The valuation methodology is described in the following normative and regulation acts:

- International Financial Reporting Standards (IFRS);
- International Accounting Standards (IAS);
- International Valuation Standards (IVS).

We took into account the recommendations of:

- International Standard of Application in Valuation IVA 1- "Valuation for financial reporting";
- International Standard of Practice in Valuation GN 1- "Valuation of real estate" (revised in 2007).

IVSC says that a qualified evaluator must report the market value of the asset when he makes a valuation for the purpose of financial reporting. Any hypotheses or opinions expressed in the application of the market value must be discussed with the representatives of the entity and presented in the report.

Valuations according to IAS: "When an entity adopts the option of revaluation based on fair value, according to IAS, the assets are included in the balance sheet at their fair value as follows: "The fair value of the lands and buildings is generally determined by the market data, by a valuation made by professional evaluator qualified in valuation. The fair value of the elements of tangible assets is generally their market value determined by valuation" (1).

Also, "If there is no market data regarding the fair value because of the specialized nature of the element of fixed assets, and the element sells rarely, except for the case when it represents a part of a continuous activity, an entity may need to estimate the fair value by using an income-based approach or the net replacement cost (2).

Definitions of the International Valuation Standards: "Market value. The estimated amount for which a property can be exchanged at valuation date between a determined buyer and a determined seller, in a transaction with a price that is objectively established, after an appropriate marketing activity in which the parties acted in full knowledge, prudently and without constraint" (3).

International Financial Reporting Standards adopted two models for the recognition of assets in the balance sheet:

- a model based on cost;
- a model based on fair value.

Where the model based on fair value applies, it is necessary to make a current revaluation of the asset and this Standard applies to those specific cases where market values are to be reported.

The delimitation of these categories was done by individualizing each capital asset and placing it in one of the existing situations.

Theoretical background

A. Generalities

The assets submitted to valuation:

- Are real estates in public property;
- Their market value can be estimated.

B. Crossed stages

For the estimation of the assets there are necessary the following stages:

1. Documentation, based on a list of information requested to the customer (the governmental institution) - list of capital assets at valuation date.

2. Discussions with specialized technical staff regarding: identification and correlation of capital assets that exist in accounting records, the exploitation regime, modernization done to the physical and functional states and degree of use;

3. Inspection of buildings, practical check of the agreement between the field situation and the information in provided documents;

4. Setting limits and hypotheses that laid at the basis of the elaboration of the valuation report;

5. Selection of the type of values estimated in the valuation report;

6. Deduction and estimation of limiting conditions specific to the valued public patrimony;

7. Analysis of all collected information, interpretation of the results from the point of view of valuation;

8. Application of valuation methods that are considered appropriate for the estimation of values that characterize the public patrimony.

C. The sources of information are:

- representatives of client (public institution) for information regarding the valued real estate (legal situation, areas, history etc.) which is exclusively responsible for the validity of the provided information;

- specialized press;

- database of evaluator.

D. Methodology applied to estimation of fair values:

1. Short analysis of real estate market;

2. The best use of real estate assets - considering the public/social importance of these assets (health, religion, education, culture, administrative buildings etc.).

The concept of the best use represents the alternative of property use selected from different possible variants that will be the starting basis and will generate working hypotheses necessary for the application of valuation methods in the following chapters of the work.

The best use - is defined as reasonable, probable and legal use of the assets that is physically possible, appropriately founded, financially feasible and has as result the highest value.

E. Methodology of valuation

In the case of analyzed properties, the relevance of possible approaches (by cost, direct comparison, income-based) is different. In buildings of this type, the cost approach is not relevant as the real practice shows. The approach by capitalization of incomes is the most relevant.

1. Approach by capitalization of incomes

The income-based approach (capitalization of income) represents one of the three major categories of approaches of real estate valuation. Its application assumes the analysis of data regarding the income and expenditure of a property.

The method of capitalization of income was applied. The essence of this method derives from the theory of utility that gives a certain value to an asset (or property) that is bought only to the extent that the buyer (investor) is given satisfaction from the acquisition (in the studied case this satisfaction is reflected by the future gains from the renting of the property).

The methods are based on the premise that: "an informed buyer will not pay more on a property than the cost of obtaining a similar fructification at the same risk level".

Given the fact that for rented properties there are redundant components (that do not participate in the formation of incomes, being out of exploitation), the property will be generically divided by two categories of assets: In exploitation/Out of exploitation.

Thus, at the value resulted from the capitalization of incomes for the property in exploitation, the market value of the redundant property (out of exploitation) will be added.

For the first stage of valuation, the part of asset considered "out of exploitation" we take its market value. In the second stage of valuation, for the estimation of the value by capitalization of the income for the property in exploitation, we must solve two practical and methodological problems:

- a) Determination of the size of the annual reproducible flow of the part of property "in exploitation" (in our case the available gain by presumptive renting of the building);
- b) Determination of the capitalization rate and implicitly the multiplication factor.

We must also estimate a series of conversion costs for bringing the spaces to the potential of generating income imposed by the market.

The determination of the value (by capitalization) is done with the following formula:

$VCB = VBE * (1/c)$, where:

c = capitalization rate of annual incomes

VBE = annual income

Annual gross income (VBE) is the income for the average owner from renting the real estate. For the determination of the annual gross income we took into consideration the following:

- a) Useful surface of the subject spaces (distinctly presented by each objective);
- b) Monthly rent (usually expressed in Euro/useful square meter/month (considered as average of rents obtained for deployed activity (the level of return that could be obtained from renting the property) given the positioning of the building, the level and quality of equipment considered at entire degree of property occupation).

(Gross) capitalization rate (c) represents the relationship between gain and price and is a divider by which a (gross) income turns into capital (respectively the value of investment).

The use of capitalization rate for turning a net income into capital is done only if the income has the form of an annuity (equal annual size).

The estimation of the capitalization rate is done correctly starting from concrete information provided by the real estate market regarding concluded transactions (sales and rent);

By applying the abovementioned formula (value by capitalization), we obtain the value by capitalization of assets in exploitation.

For the conversion costs of obtaining estimated incomes, we took into consideration:

The expenditure necessary for obtaining the market rent for this type of property (taken into account)

V. rand = the value resulted by capitalization of incomes generated by the assets in exploitation + the market value of redundant assets (out of exploitation), by deducting conversion costs and using the formula:

(V. rand = Vcb in exploitation + V market out of exploitation - V conversion cost) and so results the Value of the real estate by approach of capitalization of incomes

Elements of calculus: market rent and capitalization rates

2. Approach by market comparisons

The analysis done to the value by capitalization was done comparatively from the point of view of placing the value within the orientation range (adjusted for each of the studied properties), was done by relative quantification of positioning, access, possibilities of use, functional characteristics and structure of surface by types of spaces, equipment with real estate installations, absolute size and possibilities of use by one or several occupants.

The analysis took into consideration the criterion price/surface, respectively rent surface.

The analysis by market comparisons is based on the market study and uses comparative approach, respectively the estimation of value is done by analyzing the market to find similar properties and then comparing them to the "property to evaluate".

The major premise of the method is that the market value of a real estate is in direct relation with the selling price of competitive and comparable properties.

The comparative analysis is based on the resemblances and differences between properties, elements that influence the selling prices.

The approach is a global one that applies the collected information, follows the demand-supply ratio on the real estate market reflected in mass media, in real estate agencies or other reliable information sources and is based on the unit price following transactions with similar buildings or similar buildings done in the area or comparable areas.

Social-economic criteria proposed for adjustment the market price of public properties.

In this context the analysis of the consultant is based on market criteria of characteristics and available data, quantification for adjustment following the comparison elements: Property Rights, Financing Correction, Selling Conditions, Market Conditions, Localization, Physical Characteristics, Economic Characteristics, Use, Non-real estate Components of Value.

Social– economic criteria	Diminuation of value	Average value	Increase of value
1. Registered earthquake-affected building	0,1 – affected		1 – not on official list
2. Insurance policy	0,1 – not insured		1 – insured
3. weak neighboring buildings	0,8 – can be affected by vicinity	1	1 – not the case
4. Environmental quality protection	0,1 – none	0,8	1,1 – very good
5. Capital building repairs	0,8 – needs capital repairs	1 – not the case	1,2 – more recent than 2 years
6. Administrative utility (city-hall, administration, public institution etc.)	0,1 – none	1,2 – partial	1,5 – complete
7. Can be exploited in actual state	0,5 – out of exploitation	1	1 – fully functional
8. Social utility (school, hospital, church, museum, library, etc.)	0,5 – none	1	1,5 - complete
9. Commercial/ business area	1 – non-residential zone	2 – residential zone	3 – the City (Mall, supermarket, commercial street)
10. Urban area	0,5 - suburban	1	1,5 - central

TOTAL POINTS

Paper content

Article attempts to demonstrate the need for the introduction of socio-economic criteria to determine the value of assets belonging to state or local administration. The introduction of criteria of social / economic methodology for assessing the property, or social collectivities, is justified in legal, social and financial.

From a legal standpoint, it justifies the use of socio-economic criteria for the assessment of public goods because the goods (or local) may not be subject to market transactions and therefore can not assimilate (compared) with private goods that market deal on real estate. Public goods can be used but, according to Romanian law, by sending their management of other state institutions by their concessions for public interest or by renting them. In these cases it is necessary to establish the value of public goods to calculate the price concession, or the amount of rent.

From a social point of view, using criteria of socio-economic assessment is necessary (is required) of a public utility building (in the general interest of society). Therefore, if the property assessment should be considered first of all public utility and private utility subsidiary. In the case of buildings for educational activities, health, culture, social protection etc., value of goods depends on their social order, of their importance to society, the degree to satisfy the public interest.

From an economic-financial public goods should be assessed for two reasons:

- enrollment in accounting for a value of "social";
- to calculate the rent or for a fee concession.

The value of public property differs from the price a private property in that public building is not intended market for sale and commercial gain. Therefore, the value of a public building is less than the value of private property, although it is more "valuable" from a social point of view.

Conclusions

1) Using methods for assessing market public buildings is not possible and it is not advisable for the following reasons:

- not intended for sale, but public use;
- can not use the method comparison of market prices for public goods that do not circulate in the market;
- have no commercial value, but a social price.

2) To establish a proper value of public goods, can utilize the assessment methods recommended by the specialized financial institutions provided their adjustment by applying socio-economic indicators described above.

The paper proposes valuation scenarios and prototypes available for national use in all governmental (central or local) institutions.

3) In the evaluation of public urgency is necessary to develop scientific methods of study from the social importance of these goods, the level of satisfaction with the general interest. Given the complexity of the domain should be a multidisciplinary research economic, legal, social, that give the government solutions for more efficient use of immobile assets they have in property.

PATRIMONIUL PUBLIC. ESTIMAREA VALORII REALE A IMOBILELOR DE UTILITATE PUBLICĂ

Parlași Anton Petrișor *

Abstract

Această lucrare propune o procedură corectă de estimare a valorii juste a imobilelor de utilitate publică în conformitate cu standardele internaționale de evaluare. Valoarea justă a terenurilor și clădirilor este, de obicei, valoarea lor de piață. Pentru patrimoniul public, metoda trebuie să ia în considerare, de asemenea, costul net de înlocuire atunci când nu există posibilități de a identifica o valoare de piață întrucât acest tip de active corporale sunt foarte rar vândute sau supuse altui regim juridic decât acela fixat prin actul de proprietate.

*Acest mod de evaluare propune utilizarea unor parametri socio-economici pentru ajustarea valorii de piață, cu aplicabilitate numai pentru evaluarea proprietății publice. Acești parametri au fost determinați pe baza drepturilor de proprietate asupra imobilelor de utilitate publică, ca **elemente de corecție**. Fiecare element de corecție ține seama de condițiile de utilizare, de localizare, de caracteristicile fizice și economice, de caracteristicile sociale și/sau de valori non- imobiliare. Analiza și opiniile exprimate s-au corelat cu cerințele standardelor fixate de Comitetul pentru Standarde Internaționale de Evaluare (IVSC2), precum și recomandările făcute de ANEVAR (Asociația Națională a Agenților de Evaluare în România). Scopul unui raport de evaluare este de a estima valoarea justă a componentelor imobiliare din patrimoniul public pentru a fi înregistrate în contabilitate de către autoritățile statului, la finele anului, în conformitate cu Standardele Internaționale de Evaluare și Standardele Internaționale de Raportare Financiară (IFRS). Raportul de evaluare trebuie să țină seama de contextul general al economiei, de la data la care operațiunea de evaluare are loc, de stadiul de dezvoltare a pieței specifice (imobiliare), precum și de scopul evaluării.*

Cuvinte cheie : proprietate publică, active corporale, metodologie de evaluare.

Introducere

Obiectul prezentei analize este focalizat numai pe metodologia de evaluare a imobilelor de utilitate publică aflate în proprietatea instituțiilor statului. Se propune utilizarea unor parametri tehnico-juridici și socio-economici pentru ajustarea valorii de piață a imobilelor, cu aplicabilitate numai pentru evaluarea imobilelor din patrimoniul public.

Acest tip de evaluare este necesar deoarece transferul (schimbul) de imobile între autoritățile statului nu constituie tranzacții reale de piață, ci doar tranzacții între două, sau mai multe, instituții guvernamentale.

Astfel de tranzacții ar trebui să fie mai puțin influențate de fluctuațiile pe termen scurt a pieței imobiliare, tocmai pentru că nu sunt destinate circuitului civil. Pentru rezolvarea acestei probleme, autorul propune utilizarea unor parametrii pentru ajustarea valorii de piață a imobilelor pe baza costurilor de înlocuire nete. Prin această propunere, autorul impune luare în considerare a caracterului social (de utilitate publică), în evaluare imobiliară.

Autorul dezvoltă o procedură inedită pentru realizarea unor evaluări mai precise a bunurilor imobile care aparțin proprietății publice. În acest context, se pleacă de la criteriile utilizate pentru stabilirea valorii de piață și se cere ajustarea acestora cu o serie de elemente de corecție derivate din tipul de proprietate, modul de finanțare, localizarea, și utilizarea în interes public, a imobilului evaluat.

* Conf.univ.dr., Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București.

Acest aspect este în prezent ignorat în metodologia de evaluare a proprietății publice. Metodologia utilizată pentru stabilirea valorii de piață care se aplică în cazul tranzacțiilor private, nu poate, și nu trebuie să fie aplicată *tale quale* la tranzacțiile din domeniul public, în primul rând, pentru că nu ține seama de impactul social pe care-l poate avea. Documentul propune scenarii de evaluare și prototipuri disponibile pentru uzul instituțiilor statului, (centrale sau locale) și serviciilor deconcentrate și/sau descentralizate.

Literatura de specialitate

Metodologia de evaluare este descrisă în următoarele acte normative și/sau regulamente:

- Standardele Internaționale de Raportare Financiară (IFRS),
- Standardele Internaționale de Contabilitate (IAS),
- Standardele Internaționale de Evaluare (IVS).

Am luat în considerare recomandările

- Standardul Internațional de aplicare în Evaluare-IVA.1-"Evaluarea pentru raportarea financiară";
- Standardul Internațional de practică în Evaluare-GN.1-"Evaluarea imobiliară" (revizuit în 2007)

IVSC precizează că orice evaluator calificat trebuie să se raporteze la valoarea de piață a bunului imobil în scopul raportării financiare. Orice ipoteze sau opinii exprimate în estimarea valorii de piață trebuie să fie discutate cu reprezentanții entității (în cazul nostru, instituția publică) și prezentate în raport.

Conform standardelor, atunci când o entitate decide reevaluarea (activelor corporale) pe baza valorii juste, în conformitate cu IAS, activele trebuie incluse în bilanț la valoarea lor reală, după cum urmează: *Valoarea justă a terenurilor și a clădirilor este în general determinată de piață, printr-o evaluare făcută de către un evaluator profesionist. Valoarea justă a elementelor de active corporale este, în general, valoarea lor de piață determinată de evaluare "(1)*

De asemenea, standardele precizează că, *dacă nu există date (informații) de piață în ceea ce privește valoarea justă, din cauza naturii speciale a activelor fixe, precum și în cazul în care activul se vinde foarte rar, cu excepția cazului în care acest lucru reprezintă o parte dintr-o activitate continuă, o entitate poate estima valoarea justă, folosind o abordare bazată pe venit sau pe costul net de înlocuire. (2)*

Trebuie amintită și definiția propusă în Standardele Internaționale de Evaluare: *Valoarea de piață = suma estimată pentru care o proprietate poate fi schimbată la data evaluării între un cumpărător determinat și un vânzător serios, într-o tranzacție cu un preț care este stabilit în mod obiectiv, după o activitate de marketing corespunzătoare, în care părțile au acționat în deplină cunoștință, prudent și fără constrângere "(3).*

Standardele Internaționale de Raportare Financiară au adoptat două modele de recunoaștere a activelor în bilanț:

- un model bazat pe costuri.
- un model bazat pe valoarea justă.

În cazul în care este utilizat modelul bazat pe valoarea justă, este necesar să se facă o reevaluare curentă a activului conform standardului ce se aplică la acele cazuri specifice în care valorile de piață trebuie să fie raportate.

Delimitarea dintre aceste modele se face prin individualizarea fiecărui activ de capital și plasarea lui într-una din situațiile existente.

Fundamentarea-teoretică

A. Generalitati

Activele supuse evaluării:

- sunt bunuri imobile aflate în proprietate publică.
- valoarea lor de piață poate fi estimată.

B. Etapele procesului de fundamentare:

1. Documentarea, bazată pe o listă de informații solicitate clientului (în cazul nostru instituției publice) respectiv lista activelor de capital, la data evaluării.
2. Discuții cu personalul tehnic de specialitate cu privire la: identificarea și corelarea activelor de capital care există în înregistrările contabile, regimul de exploatare, modernizarea efectuate, stadiul fizic și funcțional și/sau gradul de utilizare;
3. Inspecția la fața locului a imobilelor, verificarea practică a conformității dintre situația de pe teren și informațiile din documentele analizate;
4. Stabilirea unor limite și a ipotezelor care vor sta la baza elaborării raportului de evaluare;
5. Selectarea tipului de procedură folosită la determinarea valorii în raportul de evaluare;
6. Estimarea condițiilor limitative specifice pentru bunurile publice (în cazul nostru caracterul lor inalienabil, insesizabil și imprescriptibil);
7. Analiza tuturor informațiilor culese, interpretarea rezultatelor din punct de vedere al evaluării;
8. Aplicarea de metode de evaluare care sunt considerate adecvate pentru estimarea valorilor care caracterizează bunurile patrimoniului public.

C. Sursele de informare:

Reprezentanții clientului, în cazul nostru instituții publice, pentru informații referitoare la bunuri (situația juridică, zone, istorie etc), care vor fi exclusiv responsabili de valabilitatea informațiilor furnizate; • Presa de specialitate; • Baza de date a evaluatorului.

D. Metodologia aplicată de estimare a valorilor juste:

1. Scurtă analiză a pieței imobiliare.
2. Cea mai bună utilizare a activelor imobiliare - luând în considerare utilitatea lor publică, respectiv importanța lor socială (pentru sănătate, învățământ, apărare națională, religie, educație, cultură, clădiri administrative etc).

Conceptul de *cea mai bună utilizare* reprezintă alternativa de utilizare a unor bunuri în diferite variante posibile, care va sta la baza evaluării și va genera ipotezele de lucru necesare pentru aplicarea metodelor de evaluare în următoarele capitole ale raportului de evaluare.

Cea mai bună utilizare poate fi definită ca fiind folosința rezonabilă, probabilă și corectă juridic a activelor conform destinației lor având ca rezultat obținerea celei mai mari valori.

E. Metodologia de evaluare

În cazul proprietăților analizate, relevanța fiecărei abordări posibile (de costuri, o comparație directă, pe bază de venit) este diferită. În cazul clădirilor abordarea metodei prin costuri nu este relevantă, așa cum arată practica reală. Abordarea prin capitalizarea veniturilor este în cazul clădirilor mult mai relevantă.

1. Abordarea prin metoda de capitalizare a veniturilor

Venitul estimat pe baza capitalizării veniturilor reprezintă una din cele trei mari categorii de abordări de evaluare imobiliară. Aplicarea sa presupune analiza datelor în ceea ce privește veniturile și cheltuielile generate de o proprietate.

Esența acestei metode derivă din teoria că utilitatea trebuie să ofere o anumită valoare unui activ corporal, deoarece acesta este cumpărat numai în măsura în care cumpărătorul (investitorul) obține o satisfacție de la achiziție (în cazul studiat această satisfacție este reflectată de câștigurile viitoare ce pot fi obținute prin închirierea imobilului).

Metoda se bazează pe premisa că: "un cumpărător informat nu va plăti mai mult pe o proprietate decât costul de obținere a unei fructificări similare la același nivel de risc".

Având în vedere faptul că elementele unui imobil închiriat nu sunt redundante (nu participă la formarea veniturilor) proprietatea va fi generic împărțită la două categorii de active și anume, componente în exploatare / din exploatare. Astfel, la valoarea rezultată din capitalizarea veniturilor pentru proprietăți în exploatare, valoarea de piață a proprietății redundante (din exploatare) vor fi adăugate. Pentru prima etapă de evaluare, o parte a activelor considerate "în afară de exploatare" se va lua în considerare valoarea de piață. În a doua etapă de evaluare, pentru estimarea valorii prin capitalizare a venitului din exploatare, trebuie rezolvate două probleme practice și metodologice:

- a) determinarea mărimii fluxului anual reproductibil de pe o parte de proprietate "în exploatare" (în cazul nostru câștigul din o prezumtivă închiriere a clădirii);
- b) determinarea ratei de capitalizare și, implicit, a factorului de multiplicare. Trebuie să se estimeze de asemenea o serie de costuri de conversie necesare pentru a aduce imobilul la potențialul de a genera venituri impuse de piață.

Determinarea valorii (prin capitalizarea) se face cu următoarea formulă:

$$VCB = vbe * (1/c), \text{ unde:}$$

c = rata de capitalizare a veniturilor anuale

Vbe = venitul anual

Venitul anual brut (vbe) sunt veniturile medii obținute de proprietar din închirierea bunurilor imobiliare. Pentru a determina venitul anual brut am luat în considerare următoarele:

- a) suprafață utilă a spațiilor închiriate (distinct prezentate pentru fiecare obiectiv)
- b) chirie lunară (de obicei, exprimat în euro / metru pătrat util / lună), considerată ca medie a chiriilor obținute pentru activitatea desfășurată (nivelul de rentabilitate care ar putea fi obținut din închirierea de proprietate), având în vedere poziționarea clădirii, nivelul și calitatea echipamentelor luate în considerare, gradul de ocupare raportat la întreaga proprietate). Rata de capitalizare (c) reprezintă raportul dintre câștig și preț și este un divider prin care un venit brut se transformă în venit de capital (valoare de investiții). Utilizarea ratei de capitalizare pentru transformarea unui venit net în capital se face numai în cazul în care venitul are forma de anuitate (dimensiuni anuale egale). Estimare a ratei de capitalizare se face corect, pornind de la informații concrete oferite de piața imobiliară în ceea ce privește tranzacțiile încheiate (vânzări și chirie).

Prin aplicarea formulei menționate mai sus (prin capitalizarea veniturilor), se obține valoarea de capitalizare a activelor în exploatare.

Pentru costurile de conversie, pentru a obține venituri estimate, s-au luat în considerare cheltuielile necesare pentru obținerea chiriei de piață (luate în considerare)

Randamentul (Rand.V.) este determinat din valoarea rezultată prin capitalizarea veniturilor generate de activele în exploatare + valoarea de piață a activelor redundante prin deducerea costurilor de conversie.

$$\text{Rand V.} = \text{VCB în exploatare de piață} + \text{V din exploatare} - \text{V, costul de conversie}$$

Elemente de calcul: chiria de piață și ratele de capitalizare

2. Abordarea prin metoda comparațiilor de piață

Analiza anterioară a fost realizată prin cuantificarea unor elemente concrete (de poziționare, acces, caracteristicile funcționale și structura de suprafață pe tipuri de spații, echipamente cu instalații imobiliare, mărimea absolută), precum și a posibilităților de utilizare de către unul sau mai multe chiriași.

Analiza prin comparația prețurilor de piață se bazează pe studiul de piață și utilizează abordarea comparativă, respectiv, de estimare a valorii prin analiza de piață pentru a găsi proprietăți similare și apoi pentru a le compara cu imobilul ce trebuie evaluat.

Premisă majoră a metodei este faptul că valoarea de piață a unui imobil se află în relație directă cu prețul de vânzare de proprietăți competitive și comparabile. Analiza comparativă se bazează pe asemănările și deosebirile dintre proprietăți, elemente care influențează prețurile de vânzare.

Abordarea este una globală, care se aplică informațiilor colectate, întrucât analizează raportul cerere-ofertă de pe piața imobiliară reflectat de mass-media, de agențiile imobiliare, de dezvoltatori imobiliari, sau de alte surse de încredere de informare și se bazează pe prețul unor tranzacții cu clădiri similare efectuate în zone comparabile.

3. Criterii socio-juridice propuse pentru ajustarea prețului de piață a proprietăților publice.

În acest context, pentru estimarea valorii juste a imobilelor de utilitate publică se pot lua în considerare următorii parametri de ajustare a prețului:

Criteriul social	Reducerea valorii	Valoare medie	Creșterea valorii
1. imobil aflat pe lista clădirilor cu risc seismic	0,1 – cu risc		1 – fără risc
2. tipul de asigurare de la bugetul public	0,1 – fără asigurare	parțial asigurat	1 – asigurare completă
3. risc de vecinătate	0,8 – există risc de la clădiri vecine	1	1 – nu există risc
4. calitatea instalațiilor de utilitate publică	0,7 – necesită înlocuire	0,8	1,1 – nu necesită
5. reparații capitale finanțate de la bugetul public	0,8 – necesită RK	1 – nu e cazul	1,2 – s-a efectuat RK în ultimii doi ani
6. destinația clădirii (administrativă, sediu autoritate publică, instituție de stat etc.)	1 – nu	1,2 – parțial	1,5 – completă
7. se poate utiliza pentru exploatare publică	0,5 – nu este în exploatare	1-parțial	1 – este în exploatare completă.
8. Utilitatea socială (școală, spital, lăcaș de cult, muzeu, bibliotecă etc.)	0,5 – nu are	1-parțial	1,5 - complete
9. zona publică în care funcționează	1 – zonă nerezidențială	2 – zonă rezidențială	3 – zonă de interes public național, județean, etc
10. aria urbană	0,5 - suburban	1-urban	1,5 - central

Lucrarea încearcă să demonstreze necesitatea introducerii unor criterii de utilitate socială pentru determinarea valorii bunurilor care aparțin statului, sau colectivităților locale. Introducerea unor criterii de tip social în metodologia de evaluare a bunurilor statului, sau colectivităților sociale, se justifică din punct de vedere juridic, social și financiar.

Din punct de vedere juridic, se justifică utilizarea unor criterii sociale pentru evaluarea bunurilor publice, deoarece bunurile statului (sau ale colectivităților locale) nu pot face obiectul unor tranzacții de piață și ca urmare nu pot fi asimilate (comparate) cu bunurile private care se tranzacționează pe piața imobiliară. Bunurile publice pot fi însă folosite, potrivit legislației române, prin transmiterea lor în administrarea altor instituții de stat, prin concesiunea lor pentru activități de interes public sau prin închirierea lor. În aceste cazuri este necesară stabilirea valorii bunurilor publice pentru calcularea prețului concesiunii, ori a cuantumului chiriei.

Din punct de vedere social, utilizarea criteriilor de evaluare propuse este necesară (este impusă) de utilitatea publică a unui imobil (în interesul general al societății). Ca urmare, în cazul evaluării bunurilor statului trebuie luată în considerare în primul rând utilitatea publică și în subsidiar utilitatea privată.

În cazul unor imobile destinate activităților de învățământ, sănătate, cultură, protecție socială etc., valoarea bunurilor depinde de scopul lor social, de importanța lor pentru societate, de gradul în care satisfac interesul general.

Din punct de vedere economico-financiar bunurile publice trebuie evaluate din două motive:

- pentru înscrierea în contabilitate a unei valori “sociale”
- pentru calcularea chiriei sau a redevenței pentru concesiune.

Valoarea unui imobil public diferă față de prețul unui imobil privat prin faptul că imobilul public nu este destinat pieței în scopul vânzării și obținerii de profit. Din această cauză, valoarea unui imobil public este mai mică decât valoarea unui imobil privat, deși este mai “valoroasă” din punct de vedere social.

Concluzii

1) Utilizarea metodelor de piață pentru evaluarea imobilelor proprietate publică nu este posibilă și nu este recomandabilă din următoarele considerente:

- nu sunt destinate vânzării, ci folosinței publice;
- nu se poate folosi metoda comparației prețurilor de piață pentru că bunurile publice nu circulă pe piață;
- nu au un preț comercial, ci un preț social.

2) Pentru stabilirea unei valori corecte a bunurilor publice, se pot utiliza metodele de evaluare recomandate de instituțiile financiare de specialitate cu condiția ajustării lor prin aplicarea indicatorilor socio-economici descriși anterior.

3) În domeniul evaluării patrimoniului public se impune cu stringență elaborarea unor metode științifice de studiu, plecând de la importanța socială a acestor bunuri, de la nivelul de satisfacere a interesului general. Având în vedere complexitatea domeniului se impune o cercetare multidisciplinară economică, juridică, socială, care să ofere autorităților administrației publice soluții pentru utilizarea cât mai eficientă a bunurilor imobile pe care le au în patrimoniu.

Bibliografie

- (1) Standardele Internaționale de Contabilitate 16, punctul 32.
- (2) Standardele Internaționale de Contabilitate 16, punctul 33.
- (3) Standardele Internaționale de Evaluare 1, punctul 3.1.

THE CHALLENGE OF AUTONOMY: AN EMPIRICAL STUDY OF THE VARIOUS DIMENSIONS OF AUTONOMY

Cristi IFTENE*

Abstract

There are various dimensions of autonomy (policy, financial, structural, personnel, legal, institutional) as different scholars demonstrated (Christensen 2001, Verhoest et. al. 2004). In the present paper we will focus only on political and financial autonomy. As Yesilkagit and van Thiel demonstrated there is a difference between formal and de facto autonomy. They found that formal autonomy does not reinforce de facto autonomy and that organizations with less autonomy report higher levels of political influence when policy autonomy is concerned.

Keywords: *Autonomy, decentralization, political influence, group interest, public policy*

Introduction

The purpose of this theme is represented by the research of certain institutions specific to the concept of administrative autonomy in direct correlation with the concept of state sovereignty and the relationship created between the two concepts.

Within this theme there will be considered the legal and doctrinal concepts regarding the administrative autonomy and its components. The theme also requires a comparative study regarding the evolution of the concept of autonomy in the context of different forms of polity, the relationship between administrative autonomy, decentralization/deconcentration, and regionalization.

The hereby project seeks to answer to several questions such as:

- What are the specific elements of administrative autonomy, and what are its benefits?
- What elements of the institutes declared autonomous allowed demonstrating their independence?
- What factors contribute to the brake down of the existence of the concept administrative autonomy?
- What factors have slowed down the process of self-governance and the decision within a certain area?
- What types of interest groups may affect the development of such a concept?

The assumptions from which we shall start this study can be framed - but not limited - into the following limits:

- The autonomy based on a budgetary independence is much more profitable in comparison with that which is based on financial authoritarian rules, centralized. This indicates that there is a greater inclination towards the creation of institutions that are financially independent a legal support basis of the autonomous bodies.
- There is a strong correlation between the degree of autonomy and accountability of institutions. This suggests an effort in order to achieve a balance between the benefits of autonomy and creating tools that compensate for lack of a centralized social control.

* Ph.D. candidate, researcher Law and Administrative Science Faculty, Ovidius University, Constanta, Romania (e-mail: cristiiftene@univ-ovidius.ro).

• Romania creates a balance between autonomy and social control in the majority of the institutions, which are subject of the research. However important imbalances and influences towards an autonomy in which the lack of accountability levels can be observed.

Research Methodology

The research methodology of the proposed topic involves the use of certain tools such as:

- Documentary analysis: quantitative and qualitative
- Direct observation (external or participatory) of the administrative phenomenon.
- Consultation the official sources

Literature Review

Some authors divide the approach of the autonomy into four categories: a group compares the autonomy with the right to act discretionary in some circumstances. The right is, in this case possessed by an individual or by administrative organization. Others use the term as a synonym for independence. According to a third position autonomy is synonymous with decentralization, and a fourth opinion specifies that autonomous entities are those which have exclusive powers: legislative, administrative and judicial proceedings in specific areas. The latter is called political autonomy and it is the opposite of administrative autonomy, which is limited to the power within the scope of the government¹.

Studying different theories and a fairly extensive casuistry, the authors mentioned above suggest a well defined description of the autonomy. Must however be mentioned that in practice there is a great difference between different cases; however following definition does not claim to reflect in an identical way all these different cases. A political territorial autonomy is a way by means of which to a group is guaranteed the liberty to express their identity, although they differ from the majority population in a state but at the same time they represent the majority in a certain region. Autonomy is a way of distributing the powers in order to preserve the unity of the state, while the diversity of its population is respected: it was a success in some cases and failure in others².

According to Dworkin,³ autonomy acts as a moral aim, politically and socially. In all three cases there is an added value as things are seen through the prism of values, motivation and desires of the individual and how these elements are formed and polished⁴.

As a political ideal, autonomy is used as an argument against the form and the functioning of political institutions, which try to impose a set of values, attitudes and purposes to the citizens of the society. This can be imposed due to a theological or historical vision of a reliable society or by the accumulation of experience at the same time with human development. A government is required to treat its citizens in a neutral way, in the sense that they can not promote the interests of some or others. Moreover this idea was used by Dworkin in trying to sustain the idea of the existence of different rights.

¹ Ruth Lapidoth, *Autonomy, Flexible solutions to ethnic conflicts*, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 1997, p. 33

² Ruth Lapidoth, *Autonomy, Flexible solutions to ethnic conflicts*, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 1997, p. 3

³ Gerald Dworkin, *The theory and practice of autonomy*, Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1988, p. 10

⁴ The author discusses throughout the book the two components of autonomy theoretical and practical and he approaches them from a philosophical point of view.

An important point in determining the autonomy is the division of powers between central and autonomous entities. The powers which the autonomy has are usually in relation with cultural, economical and social aspects. However there are different degrees of autonomy and the expanding of powers transferred to the autonomous authorities vary from very restrictive to very extensive and towards a large concentration of power essential in the mentioned areas. Usually security and foreign affairs are reserved in a restrictive way to the state, the central government; however in some cases autonomous organization has limited powers, in order to conclude international agreements and join international organizations. In some cases the central authorities consult the autonomous organization when it comes to take a decision that may affect the latter.

To avoid disputes and misunderstandings, it is important that the powers of a self to be defined as clearly as possible when they are established. In fact, typically there are four different areas of power that can be taken into account: powers that are reserved to central powers, powers transferred to autonomous powers in an integral way, parallel powers and powers which can be exercised jointly.

In some cases⁵, the central power determines the general policy in a number of areas in which the autonomous entity can develop and the local authority is authorized to be conducted within the limits of this general policy. In fact there is a need for a certain degree of cooperation, coordination and consultation between central authorities and the autonomous entity. This fact is crucial because it is understandable that there is a connection between the powers exercised by these entities. In addition certain powers may require a joint action.

Even if the transfer of powers is set out and described in meticulous way, when autonomy is established future difficulties can not be prevented. For example, there may be a discussion on what type of power can fit a certain function of one or other of the parties.

As I said the power of the autonomous entities usually include legislation, administrative and judicial powers in those spheres of responsibility transferred to it. However the power to judge often remains at the level of the central authority. The law of autonomous entities often requires confirmation from the central authorities, but this consent must be given (except where such legislation affects and undermines the security of the state or it can be accused of excess of power). We can speak about a necessary agreement to be issued by the center in accordance with the agreement of both parties.

A scheme of the autonomy may be established by international treaties⁶, by the Constitution, through statutes or subsequent regulations acts and, not least, by combining the aforementioned instruments. Perhaps even custom or habit may cover such situation⁷.

In an etymological word autonomy is derived from the Greek "auto", himself and "nomos" - a law or rule. Today the concept is used in three different branches of science: philosophy and its derivatives branches; 2. natural sciences and 3. law, political science and international relations. For philosophers autonomy is a characteristic of the person, who has the power to auto-manage through his own wit, through his own free will, "positive liberty" or "own master". In natural sciences the concept promotes the idea of organic independence or the condition of a phenomenon in accordance with its laws, without being the subject of certain regulations over himself.

In the domain of political science and legal autonomy there are more interpretations.

Georg Jellinek⁸ describes an autonomous entity as being based solely on its laws, with all materials and functional attributes of power within a state: the authority to govern, to administer and to judge. Basically this can be synonymous with sovereignty.

⁵ For example, in southern Sudan

⁶ Eritrean situation (by resolution of the United Nations General Assembly) or Memel territory (the Paris Convention - 1921), South Tyrol (Bruno de Gasperi Agreement 1946)

⁷ Differences may be made by the nature of the legal system.

In the view of Paul Laband⁹ autonomy always includes the power of law but differs from sovereignty in the way that it can be exercised only within the limits established by its sovereign power.

An entity can be regarded as autonomy only when it has its own legislative, judiciary and administrative powers. Though it should be distinguished from the self (engl. self government) or administrative decentralization (administrative descentralization-fr.), a concept which implies the fact that the entity that auto-administrates is subordinate to a superior entity that could make this administration itself.

Though, there are some authors who talk about the two terms (self government and administrative descentralization) as being synonymous.¹⁰

Leon Duguit¹¹ defines autonomy as involving an area protected by the laws of the State, whereas Henry Berthlemy¹² uses the term as a synonym for decentralization while Maurice Hauriou¹³ uses the idiom to describe the discretion that sometimes the law lives to the administration.

Jacob Robinson¹⁴ examining the nature the autonomy values, by making a comparison with sovereignty, that autonomy exists only with respect to those powers that were conferred, while sovereignty is the supreme and unconditional authority the state.

The shortest definition of autonomy that I have found in literature is given by Heinrich Oberreuter¹⁵: the possibility of free self-determination in the frame of a pre-existing regulation.

Theoretical Background

R.A.W. Rhodes¹⁶ identifies two ways of existence of both central and local entities. On the one hand there is a way in which the entity is the local agent, implementing the decisions at the local level under the supervision of specialized departments at the central level. In this case the local staff has limited or no opportunity to decide. A second way is a model of partnership in which local authorities and the central authority are co-deciders under the authority of the Parliament. Local authorities have the opportunity to decide the design and implementation of their policies.

The trend that is felt at this time is that of transforming the local entities from partners into agents.

This centralization occurs because of two reasons: firstly, the central entity exercises an increasingly tight control over public spending while local entities are becoming more dependent on subsidies from the central level. Secondly, central departments have accumulated more control powers. This gives the entity a central supernatural role.

⁸ Allgemeine Staatslehre, Bad Homburg, Germany, Herman Getner Verlag, 1928/1960, p.493

⁹ Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol.1, Tübingen, Germania, Mohr, 1911, p.105-106

¹⁰ Carre de Malberg, *Contribution a la theorie generale de l'etat specialment d'apres les donnees fournies par le Droit constitutionnel francais*, vol.1, Paris, Siery, 1920, p. 169-170

¹¹ Leon Duguit, *Traite de droit constitutionnel*, vol.2, Paris, Fontemoing Bocard, 1921, p.478

¹² Henry Berthlemy, *Traite elementaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 1926, pp.174-176

¹³ Maurice Hauriou, *Precis de droit administratif et de droit public*, Paris, Siery, 1927, pp.345-346

¹⁴ Kommentar der Konvention uber das Memelgebiet vom 8 Mai 1924, Kaunas, Lithuania, Verlag "Spaudos Fondas", 1934, pp.254-256

¹⁵ Heinrich Oberreuter, *Autonomie*, in *Staatslexikon*, vol.1, Freiburg, Basel,, Verlag Herder, 1985, pp.490-491

¹⁶ R.A.W. Rhodes, *Control and power in central-local government relations*, Aldershot and Brookfield, Vt. : Ashgate, 1999, p13

The content of administrative autonomy

In general terms bureaucratic autonomy is defined as a dispensation granted to an administrative entity by a superior authority under its total surveillance. Here are some components revealed by the doctrine¹⁷:

1. Structural autonomy by introducing an intermediate alternative of supervisory policy;
2. Financial autonomy – characterized by its independence towards financial resources of the central budget system;
3. Legal autonomy - which allows the entity to decide alone in its field of competence.

At the same time, other doctrinal¹⁸ also take into account cultural or territorial autonomy, decision-making autonomy (which may be identical to that identified by legal Jørgen Christensen Grønnegaard) or personal autonomy (granted on ethnic, cultural, religious or linguistic criteria).

We can measure the degree of autonomy of an entity according to its placement on the grid below:

	Structural Autonomy	Financial autonomy	Decision-making autonomy (regulatory)
Low Autonomy	The management of the administrative entity communicates to the resort ministry on a hierarchical way; the Ministry appoints the management of the entity.	Regulations of the central authorities are applied;	The legislation does not allow to the administrative entity any option; authorization to regulate internal issues do not exist
	The Management reports to the ministry after consulting with the board, where the majority is made up of non-governmental actors; Ministry appoints the leadership.	The entity is funded from earnings. The deficit is covered from the center.	The legislation authorizes the ministry to regulate the general aspects of the public policy.
	The management agency reports to a collegial body in which most members are appointed by the Prime Minister who has the power to dismiss them in a discretionary way. The council appoints the agency's	Agencies are financed through sales and distribution of the budget from the center.	The legislation allows the management agency to decide in particular cases that can not reach the ministry.

¹⁷ Jørgen Grønnegaard Christensen, *Bureaucratic Autonomy as a Political Asset*, presented at Workshop *Politicians, bureaucrats, and institutional reform*, ECPR Joint Sessions of Workshops, Mannheim, March 26-31, 1999

¹⁸ Ruth Lapidot, *Autonomy, Flexible solutions to ethnic conflicts*, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 1997, p. 37

	management.		
Increased Autonomy	The entities management staff reports to a board consisting of directors in which the majority are appointed for a fixed term by non-governmental actors. This council appoints the agency's management.	The entities auto-finance themselves, not being dependent upon the central budget.	The legislation authorizes the agencies to cover general issues that are converging to the public policies defined by the law.

Table: graphical representation of dependency types of autonomy

Public sector organizations should be forced to provide more information about their performance. The argument lies in the fact that this would move the power pole, in terms of control of information in the public sphere to other spheres: politicians, academics, pressure groups and civil society in general.¹⁹

Edward Elgar, taking one of Swyngedouw idea, makes a three-tier division of power that would help to rearrange the relations between states, civil society and market. This would require outsourcing come of the state's functions through privatization and decentralization. The lowest level of governance would be the local one, with its forms; while the upper level would involve a number of supranational bodies (The European Union, The World Trade Organization, etc.)... This structure would be reinforced by a series of structures that are formed by horizontal through the combination of private and public bodies.

In the past 20 years the classical hierarchical command system from the centre has been filled by a further delegation of these functions to autonomous agencies.²⁰ A hypothesis from which one could part is that the creation of autonomous entities would improve the performance and efficiency without adversely affecting other values such as democracy or political control.²¹ We believe that this is a hypothesis and not a fact based on reality and as such there is a need to be examined through empirical studies. The causes and the effects of such policies are still unclear.

Political regime - a factor of influence of the autonomy

Within the Romanian political doctrine the political rule is defined as being all the methods and means of achieving power, of the existing relations between the elements that make up the social political system, especially the fundamental rights and freedoms of the citizens.²² We can conclude that the political rule refers to the concrete conditions of operation of the administration in relation with politics.

Undoubtedly the existing political regime in a country significantly influences the state's administration and thus the major differences occur in the organization and functioning of the administrative system. These differentiations are influenced by both types of political regimes, namely, democratic regimes and authoritarian or totalitarian regimes. In this paper we proposed to

¹⁹ Patricia Kennett, *Governance, globalization and public policy*, Cheltenham, U.K.; Northampton, Mass. Edward Elgar, c2008, p. 33.

²⁰ Tom Christensen, Per Lægheid, *Autonomy and regulation: coping with agencies in the modern state*, Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, c2006, p. 8.

²¹ Christopher Pollitt ... [et al.], *Agencies: how governments do things through semi-autonomous organizations*, Basingstoke, Hampshire; New York : Palgrave Macmillan, 2004.

²² Vâlsan, C., *Politologie*, Ed. Economică, București, 1997.

analyze the administrative autonomy from the perspective of democratic regimes, considering that is the most propitious environment for the development of such a concept.

It recognizes the existence of a professional administration in a democratic regime. Consequently, the officials²³ and in particular the senior officials (bureaucrats) can and should coexist with different political ideologies and will, more or less, interfere in the society under the ideology of the party in power.²⁴

In a totalitarian or authoritarian regime the situation is exactly the opposite, the administration being identified, to a lesser or greater, with the leading political class, especially in its upper levels. Clearly, both regimes will always be influenced by concrete political, economical and social circumstances.

We can state a number of specific characteristics of the democratic regime such as:

- Administration is under the direct authority of the government, but is organized and operates under the general lines set by the Parliament.
- There will always exist a direct correlation between the will of the majority of electoral and the administration conduct.
- The democracy trains in a necessarily way the decentralization which tends to entrust the management of local bodies to some local elected bodies.
- The Parliament, independent of the action it exercises in the legislative and budgetary matters, exercises some influence over the administration.
- In the democratic field the administration is subdue not only to the control of the Parliament but also to the surveillance of the civil society, organized or not (the media, NGOs, trade unions, employers associations, etc...), which is free to judge ministers and officials.
- The whole public freedoms allow citizens to express wishes and to be protected from abuse.
- The administration is subdued to some internal controls resulting from the hierarchy and guardianship.²⁵

Local authorities can not be left entirely free in order to conduct business because otherwise it could turn into rival governments, challenging the power and authority of the central government. Central government should therefore share power so that, although it may differ from a political point of view from the central authority, the local authority should not exceed its limits.²⁶

Apart from the judiciary control which we see as an “ultra vires” control, there are three main types of control that can be used by the central authorities on local ones: financial, legislative and administrative control.²⁷

Control is considered to be one achieved by the state but at the same time a private control over public sector, exists – external control - as well as an internal control made by a large variety of public agencies which establish standards and use different forms of performance measurement of the management and establish measures of governmental auditing.²⁸

²³ Alina Profiroiu, Irina Popescu, *Introducere în Știința administrativă*, Editura ASE, București, 2003

²⁴ Alina Profiroiu, *Știința administrativă*, Editura Economică, București, 2007

²⁵ A se vedea în acest sens și opiniile exprimate de Alina Profiroiu, Irina Popescu, *Introducere în Știința administrativă*, Editura ASE, București, 2003

²⁶ J.H. Price, *Comparative government, four modern constitution*, , second edition, Hutchinson, London, 1975, p. 167

²⁷ J.H. Price, *Comparative government, four modern constitution*, second edition, Hutchinson, London, 1975, p. 168

²⁸ Tom Christensen, Per Læg Reid, *Autonomy and regulation: coping with agencies in the modern state*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar, c2006, p. 10

The introduction of a democracy requires the adoption of a double limitation of the power: an organic and functional separation of powers between legislative, executive and judiciary accompanied by a territorial division that shall temperate the central power through counterbalance by the local. The local history collectiveness is that of their autonomy. Centralism and authoritarianism shapes the state during the nineteenth century. Local entities were only administrative constituencies being subordinate to the state's power. Hélène Pauliat tries to find the answer, in Part I of her book, to the question whether the autonomy and free management of the entities are a conflicting exercise of jurisdiction, stating that at the present stage of the development of human society one must take into account the two antagonistic phenomena: globalization and autonomy. As such, two phenomena occur: on one hand a phenomenon of the centralization of powers (indifferent to what level we discuss - global community, regional, national) and on the other hand, a phenomenon of decentralization, recognition of diversity.²⁹

The basic components of administrative autonomy

William Safran³⁰ presents spatial and functional dimension of the autonomy from a national and theoretical perspective.

In many writings in reference to ethnic minorities and especially those who deal with the problem of protecting their cultural rights, a distinction is made between territorial and non-territorial autonomy. The first concerns the granting of a judicial authority within a broader political entity defined as a state; the latter one the author calls it "functional autonomy", but which in theory appears as "personal autonomy" or institutional autonomy.³¹

The separation between the courts - political and administrative; administrative and economic

Separation between courts - political and administrative, administrative and economic - is actually the second of the democratic model of public administration.

On this second principle the weberian myth is founded that still prevails in the West model, namely an instrumental administration found at the service of the political power, but separate from it. The separation consists, in principle, in the impossibility of the officials to enter the world of politics, and the impossibility of politicians to join the administration. Separation is only theoretical, and practical evaluates the somewhat increased separation in English style, and the development of a growing reciprocal intersection, in a French administrative and political style.³²

Regarding the first assumption - restricted to enter the world of political officials - they are more severe in the UK, moderate in Germany and relatively lighter in France. The access of a clerk at a political ministerial or parliamentary activity, in the UK is difficult, for reasons related

²⁹ Hélène Pauliat, *L'autonomie des collectivités territoriales en Europe : une source potentielle de conflits*, EUROPA; textes réunis par ; [textes de Nadine Poulet, Jo  l Andriantsimbazovina, Yves Cousquer ... et al.], Limoges : PULIM. Presses universitaires de Limoges, 2004, p.15

³⁰ Identity and territorial autonomy in plural societies, William Safran, Ramon Maiz, London, Frank Can, 2000

³¹ Ruth Lapidot, *Autonomy: Flexible solutions to ethnic conflicts*, Washington DC, US, Institute of Peace Press, 1996; Evelyn Kallen, *Ethnicity and self determination: a paradigm*, in Donald Clark and Rupert Williamson, *Self determination: International perspective*, London, Macmillan, 1996, pp.113-123

³² Ioan Alexandru, *Politic  , Administra  ie, Justi  ie*, Ed. All Back, Bucure  ti 2004, p. 103

primarily to legal terms in which the political freedoms of public officers are exercised. It is well known the fact that public officials (administrative agencies) are distributed in three groups.³³

The group of "politically free" - virtually all industrial staff and that which is not industrially subordinate – that have all the freedom to devote to political activities, whether it is local or national; Intermediate group - for example, typist, officers with lower administrative education and even some agents with a slightly higher hierarchical level of scientific or technical bodies- whose members must obtain a permit from the ministerial department if they want to devote themselves to a political activities on both local and national levels; finally, the officers group so appointed "politically restricted" prohibits any national political activity,, its members being unable to dedicate themselves to a local political activity, only if they have an authorization. A great power of discretion is left to each minister to issue such permits that are granted by rank and nature of functions performed by civil and by the field of activity the ministry's competences, upon which he depends on. It seems that such permits are not granted unless very restrictive about 100 permits, on average, per year.

The dispositions relating to political freedoms have therefore a deterrent effect. This deterrent effect gets bigger as a clerk, who would like to submit any price, at an election could not participate unless he demission in advance from his function. Material insecurity hat would result for him in this situation (he is no more a clerk, but is not sure if it is chosen) not compensated by the prospect of financial gain; parliamentary allowances in the UK are not considerable. In all these conditions the British political tradition is added, namely that only personalities who have generally a long knowledge of political life, first as a member of Parliament, then as Junior minister can have an access to a ministerial post; the demanded time as a practitioner is on average (after finishing the studies), for 15 years. Therefore, it is obvious that access of a British officer in a political activity, as a parliamentarian or as a member of the government, is neither easy, nor unusual, nor attractive.

The situation in Germany is quite different in terms of access to civil deputies mandates. In the Bundestag for example, was noticed in a first phase, an increase in the number of members from public office. It is true that on the one hand, a significant number of these officers come from education and not from active administration and on the other hand, the proportion between the political officials and the senior administration officials, on the contrary seems to have decreased.

Rather different situation of the United Kingdom and Germany reflects the difference between the political status of the British and German officials. The latter have the statutory possibility to devote themselves to political activities-provided they are not against, the "fundamental democratic and liberal order ", as a result of the Constitution. The officials even have to join through their whole attitude to the democratic and liberal order. German officials also have the opportunity to present at the elections as candidates, without being forced to resign in advance. In addition, they have the security to find their job within the frame of administration after the end of the electoral mandate.³⁴

In France, until 1958, the separation of administrative courts from the political ones was also the dominant principle. Things have changed in the establishment of the 5th Republic. France gives the example in this respect of an exception to the principle of separating politics from administration.

The principle of separation of two worlds as William Plowden says, the closed world of the political class and world class managers – manifests itself with the impossibility to enter the

³³ Ion Popescu Slăniceanu, *Teoria funcției publice*, Ed. Evrica, Brăila, 1991, p. 100-108

³⁴ G. Timsit, *Modele, structuri și strategii ale administrației, elemente pentru o prospectare administrativă*, Review de Droit Publiq, Paris, 1986 cited by Ioan Alexandru, *Administrația Publică, terorii, realității, perspective*, Ed. Lumina-Lex, București, 2007, p.422

administrative world of politicians, a more obvious impossibility in Britain than in Germany or France.

The separation is in this sense, less rigid and crossing from one world to another is easier, even though they remain rare. In Britain, political appointments to administrative positions are, apparently, exceptionally; more often they are made for the posts of ambassadors, delegates, or functions in the upper nationalized industries. In Germany, the separation is smaller.

So there are real levers for the transfer of political will to that of public administration which ensures the latter's subordination towards the policy. At the same time, the model implies separation, not confronting the political and administration's power. Given that the alternate or at least changing the policy represents the rule in a real democracy, government can not be linked to political power and must not be fully renewed at every political change, but on the contrary, it must have stability and continuity. Thus, the evolution of constitutional contemporary political regimes based on the principle that parties succeed to power, had to arrive at a division of officials in two categories: firstly, the career officials, and secondly, political officials. Political officials may be recognized by the fact that we can send them in delegation wherever we want to, or at least to put them in availability, being the link and at the same time the separation - between political power and administrative apparatus. The opposite are the career officers, true officers, whose vocation is to administer first of all in an unprejudiced way.

Thus Weber makes a distinction between the two powers and their functions. To take part, to fight, to be passionate are the characteristics of the political man and especially the political boss. The activity of the political boss is subordinated to a special responsibility principle, even opposed to that of the official. The honor and the value of the public officer consists in its ability to execute conscientiously an order under the responsibility of higher authority, even if, in spite of its looks, the upper authority gets stubborn in following a wrong path. He should rather execute this order, as it would correspond to its own beliefs.

The principle of subordination has, in most European countries, a constitutional basis. The principle of national sovereignty is fundamental. No body, no individual can impose its authority that does not come from the nation. Administrators have no representative legitimacy. It is therefore affirmed the existence of a fundamental distinction between the representatives, political power, the only holders of sovereignty, the only ones empowered to undertake the nation and the administrators, agencies, the officials being the only ones responsible to execute the will of political power. This is achieved by very strict rigor through the hierarchy of the administrative structures whose very detailed articulation ensures the transfer of the political power's decision in the direction of administration and the distribution of the will of the political power of the entire administrative body.³⁵

As we have seen, the transfer structures are, either collegial structures, or individual experts. Both are characterized by their dual political and administrative feature. They do not make the difference between the two functions. The structures consist in essence of these "political officials", mentioned by Weber. The most important of these collegial structures consists of the Presidency services - the Chancellery, the Cabinet, presidential advisers and even state advisers is in an essential connection between the President, Government and the administrative state.

Ministerial offices and, primarily, the Prime Minister's one have the same features. Offices remain in function as long as the Minister holds the portfolio to which they are placed. They provide a general mission of coordinating the ministry's services and even, sometimes, in certain ministries, considered weak - do not resist the temptation to replace ministerial services, in order to resolve some records.

³⁵ Ioan Alexandru, *Adiministrația Publică, terorii, realității, perspective*, Ed. Lumina-Lex, București, 2007, p.455

The list of these functions with a relatively higher stability is established in France, so as with a non-limitative title by means of a decree: prefects, rectors, ambassadors, general secretaries, general directors and directors of central administrations, etc., the most elevate employees of the hierarchy are registered in this list.³⁶ Agents occupying these functions depend upon government's decision regarding the appointment and removal from office. But discretionary freedom available to governments in relation to these agents - in most cases this having a status of civil servants - who occupy these positions, does not necessarily mean that every change of government resulted in a change in the holders of these functions. But, this discretionary freedom may involve a political weakness, if not of the government and the empowered parties, at least the dominant political ideas.

And there is another issue: the issue of coordination and control increases disproportionately with the size of the organization.³⁷

The balance between autonomy and control is difficult to determine and equally difficult to maintain and a great challenge is to clarify under what circumstances this balance is changing in a sense or another. Another question is how to control those who control?³⁸

Financial and fiscal autonomy

We shall begin the hereby analysis with a question:

Financial autonomy of local communities can endanger freedom of access to public services initially guaranteed by the state? (through the existence of self-financing or a different type of financing of the same type of service?).

Agencies find themselves between two contradictory trends: on one hand as public institutions they have to collaborate locally. The statistical data shows trends of centralization reasoned by the fact that these institutions would be more effective in the centralization situation. On the other hand agencies give their best to find the independence they need for effective management of funds, despite the bureaucratic impulses that characterize in a natural way the administration. There is no indication that between the two trends one prevails, but the different organizational entities in the EU show that the efficiency of these institutions is given by the high level of autonomy or even by the independence they have.³⁹

Financial autonomy has been materialized by the arrangement of sufficient resources in order to ensure their operating costs and at the same time to ensure the realization of decentralized powers.

The freedom to manage fiscal and financial autonomy are listed and associated as being a cocktail of a successful decentralization.⁴⁰

Specialists believe that the free administration is the foundation of decentralization.

We can speak of two foundations of the claimed financial autonomy: on the one hand we talk about the empowerment of local communities (can decide themselves - subject to law, they

³⁶ Ioan Alexandru, *Drept administrativ comparat*, Ed. Lumina-Lex, București, 2003 p. 590

³⁷ Patricia Kennett *Governance, globalization and public policy*, Edward Elgar, Cheltenham, U.K. ; Northampton, Mass., 2008, p.32

³⁸ *Autonomy and regulation : coping with agencies in the modern state* / edited by Tom Christensen, Per Lægheid, Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar, c2006, p. 38

³⁹ See the scientific efforts made in this respect by Florea Adrian, *L'autonomie relative des politiques budgétaires*, Analele Universității din Oradea, Seria Științe economice, Tom VI, Volum I, 2007, pp. 299-301, <http://anale.steconome.evonet.ro/arhiva/2007/economics-and-business-administration/67.pdf>

⁴⁰ *L'autonomie des collectivités territoriales en Europe : une source potentielle de conflits* / EUROPA ; textes réunis par Hélène Pauliat ; [textes de Nadine Poulet, Joël Andriantsimbazovina, Yves Cousquer ... et al.], Limoges : PULIM. Presses universitaires de Limoges, 2004, p.172

can assume responsibility). Secondly, the freedom of management as a financial autonomy suggests an independence of the community across the state. Hélène Pauliat concludes in this case that the reclamation of the financial autonomy is rather the privilege of the rich local collectives.

Agnes Sauviat⁴¹ states that financial autonomy of local communities is one of the basic conditions of a real administration management to the extent that it is not a way to assert independence from the state but requires the state to guarantee a stable and sufficient level of resources which allows the local community to exercise fully and relevant the decentralized skills.

The process of decentralization in France is based on four important principles: the entry of the region in the Constitution, at the same level with the department and the commune, the right to experience, the ensuring of the autonomy of the financial resources of the region and the right to a local referendum. The most important consequence of this process is to increase local taxation, which causes many conflicts between the government and regional councils.⁴²

Services	Local level	County level	Regional level	National level
Public authorities				
The premises	L	J	R	
Other offices of public institutions	L	J	R	
Local police	L	J	R	
fire brigade	L			
Civil Defense				
Education				
Primary education	L			
Secondary education	L			
Upper secondary	L	J		
Universities			R	N
Health				
Basic healthcare	L			
Assistance				

Table: allocation expenditure for public services related to the type of budget

As you can see a large part of public services are provided from local resources.

Most OECD countries have created noncommercial organizations outside the centre of public services based ad hoc, resulting in a real administrative "zoo".⁴³ This has reduced the

⁴¹ *L'autonomie des collectivités territoriales en Europe : une source potentielle de conflits* / EUROPA ; textes réunis par Hélène Pauliat ; [textes de Nadine Poulet, Joël Andriantsimbazovina, Yves Cousquer ... et al.], Limoges: PULIM. Presses universitaires de Limoges, 2004, p.174

⁴² *Modernizarea guvernării locale în Franța*, Andre Cabanis, Universitatea de Științe Sociale din Toulouse, in *Revista Economie și administrație locală*, Numărul 10/2006, presented at the International Conference «Guvernarea modernă a colectivităților locale », Management Faculty – ASE

⁴³ *Agencies : how governments do things through semi-autonomous organizations* / Christopher Pollitt ... [et al.], Basingstoke, Hampshire ; New York : Palgrave Macmillan, 2004

transparency of governance towards the citizens and may compromise the responsibility modalities by the government.⁴⁴

Fiscal autonomy can not be recognized for the local entities, even decentralized for a unitary state. Fiscal autonomy implies the existence of an absolute power because otherwise we can not talk about autonomy. Either fiscal power (the power to impose taxes and duties) is an attribute of state's sovereignty, one of the supreme rights in pure form. Only the state can impose, modify or delete this regime. Such an important task can not be left to reach the local authorities, this having only the derived tax power, which may allow, to some extent, to modulate the level of taxes, but can not create new taxes, or alter the legal regime of a tax.⁴⁵

Fiscal autonomy is not therefore viable solution and, without doubt it is not a condition of financial autonomy.⁴⁶

Conclusions

Member nations will cease to exist when they are consumed by internal conflict and do not provide anymore the certainty a common good.⁴⁷

The development of administrative institutions is a minimal requirement for training and development of the state. Weak administrative institutions are a key factor in the state's failure. In the absence of administrative capacity, strengthening the state of any kind is as nonexistent.⁴⁸

The principle of autonomy has in view the organization and functioning of public administration starting from the "right and effective ability of the public authority's administration, to resolve and manage under their responsibility, an important part of the public matters, for the mass that is ", the central administration authorities, according to the principle of subsidiary, intervening if and insofar as the action can not be achieved by local authorities.

The autonomy of administrative entities manifests itself on several levels. On its legal capacity, local authorities are subjects on separate issues having their own public interests, and on an institutional plan, they have their own administrative authorities. On its decision-making autonomy, these authorities have their own skills and make decisions in the interest of mass that it is managing. Also, autonomy can not be real, effective, without the presence of autonomy in the frame of human, material and financial entities, having their own public officials, its own area (public and private), domain (public and private) and its own financial autonomy (budget line). These entities are autonomous but not sovereign. Local autonomy in Romania is exclusively only at an administrative level and not at a legislative one, of governance or judicial.

Reality shows that for almost 10 years we try to adapt to the transformation of administrative, political and legal nature that take place in the developed countries. An analysis of the legislative and institutional framework shows that they have found the best tools to reform the administration:

- It was not able to optimize decision-making project, autonomy was not fully assumed by local authorities;

⁴⁴ OECD, Public sector modernization: Changing organization, GOV/PUMA, Paris, 2003, p.9

⁴⁵ L'autonomie des collectivités territoriales en Europe : une source potentielle de conflits / EUROPA ; textes réunis par Hélène Pauliat ; [textes de Nadine Poulet, Joël Andriantsimbazovina, Yves Cousquer ... et al.], Limoges : PULIM. Presses universitaires de Limoges, 2004, p.174

⁴⁶ L'autonomie des collectivités territoriales en Europe : une source potentielle de conflits / EUROPA ; textes réunis par Hélène Pauliat ; [textes de Nadine Poulet, Joël Andriantsimbazovina, Yves Cousquer ... et al.], Limoges : PULIM. Presses universitaires de Limoges, 2004, p.176

⁴⁷ Robert I. Rotberg, *When states fail. Causes and consequences*, Princeton University Press, 2004, p.3.

⁴⁸ Robert I. Rotberg, *op. cit.*, p.157.

- responsibilities and relationships between different institutions was not identified, and as such this weak regulatory leads to the ignorance of this type of report that is established between these entities;

- Decentralization is incomplete; the approach to the interest of the citizen with a set of attributes and decisions being led to failure. It was not able to complete the transfer of material and financial resources which ensure the close decision towards an economical reality and which gives a better recovery of resources.

- The budgets of autonomous entities are dependent largely on the resources of the state budget, own revenues of local budgets exceeding 25% of local resources, the finance reform covering after the European model, a rate of approximately 50%.

- An insufficient communication between the public and the citizen which leads on one way towards the non-recognition of the authorities by the citizen, and the other hand it leads to rejection of any form of regulatory authority that it could generate;

- A success, in implementing an informational system in all branches of government, was not made, resulting in a reliance on other means or entities that would like to be autonomous;

An increase in the administrative autonomy leads to:	planned consequences	Unplanned consequences
Accumulation of power	<ul style="list-style-type: none"> Cooperation strategies Solutions to problems to take on public policy 	<ul style="list-style-type: none"> bureaucracy exploits information asymmetry bureaucratic politics
Institutional isolation towards politics	<ul style="list-style-type: none"> Rule of law implies the possibility of anticipation and safety 	<ul style="list-style-type: none"> Resistance to change
Changes in performance	<ul style="list-style-type: none"> Bureaucracy promotes efficiency and effectiveness 	<ul style="list-style-type: none"> Maximize the budget

Table: Consequences of administrative autonomy

Without doubt, many laws adopted during the post-December period – starting from constitutional recognition of local autonomy - have endorsed the creation of a legal framework necessary to implement this principle. With all these efforts, there are still necessary some legislative and administrative set of rules which should offer efficiency to this purpose.

The Develop a decentralization law represents a starting point for an administrative reform in the sense of implementing the principles that lead to institutional autonomy.

In human society a social change takes place as a permanent phenomenon only if a cultural change is made. A revolution is a revolution only if an ethical revolution takes place.

PROVOCĂRILE AUTONOMIEI: UN STUDIU EMPIRIC ASUPRA MULTIPLELOR DIMENSIUNI ALE AUTONOMIEI

Cristi IFTENE*

Rezumat

Există diferite dimensiuni ale autonomiei (politică, financiară, structurală, personală, legală, instituțională) după cum doctrina de specialitate o demonstrează (Christensen 2001, Verhoest et. al. 2004). În cadrul lucrării de față ne vom concentra numai asupra autonomiei politice și financiare. După cum au arătat și Yesilkagit și van Thiel există diferențe marcante între autonomia formală și cea de facto. Ei au demonstrat că autonomia formală nu întărește autonomia de facto și că organizațiile cu un mai scăzut grad de autonomie raportează un înalt grad de influență politică din perspectiva conceptului de autonomie politică.

Cuvinte cheie: *Autonomie, descentralizare, influență politică, grupuri de interese, politici publice*

Introducere

Obiectivul general al acestei teme îl constituie cercetarea instituțiilor specifice conceptului de autonomie administrativă în relație directă cu conceptul suveranității statului precum și a relațiilor create între cele două concepte.

Within this theme there will be considered the legal and doctrinal concepts regarding the administrative autonomy and its components. The theme also requires a comparative study regarding the evolution of the concept of autonomy in the context of different forms of polity, the relationship between administrative autonomy, decentralization/deconcentration, and regionalization.

Tema impune totodată și realizarea unui studiu comparativ referitor la evoluția noțiunii de autonomie în contextul diferitelor forme de organizare statală, studiu ce va fi realizat ca o a treia componentă a proiectului de cercetare doctorală. În cadrul acestui vor fi analizate comparativ, pe baza unor instrumente de cercetare consacrate a fenomenului administrativ, componentele autonomiei administrative aplicate în cadrul diferitelor instituții administrative și în contextul unor democrații diferite folosindu-se clasificare realizată de doctrina politică contemporană.

Proiectul de față, în integralitatea sa încearcă să răspundă la o serie de întrebări cum ar fi:

- Care sunt elementele specifice autonomiei administrative, care sunt beneficiile autonomiei?
- Ce elemente ale instituțiilor declarate autonome le-au permis să-și demonstreze independența?
- Ce factori contribuie la frânarea existenței conceptului de autonomie administrativă?
- Ce factori au frânat procesul de autogovernare și decizie în cadrul unui anumit areal?
- Ce tipuri de grupuri de interese pot afecta dezvoltarea unui astfel de concept?

Ipotezele de la care vom porni în cadrul acestui studiu se înscriu – dar nu se limitează - în următoarele limite:

- Autonomia bazată pe o independență bugetară este mult mai profitabilă în comparație cu cea care are la baza reguli financiare autoritare, centralizate. Acest aspect indică faptul că există

* Doctorand, Cercetător științific, Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea Ovidius, Constanța, (e-mail: cristiiftene@univ-ovidius.ro).

o mai mare înclinație spre crearea unor instituții care sunt independente din punct de vedere financiar și care au o bază legală de suport a organismelor autonome.

- Există o corelație puternică între gradul de autonomie și responsabilitatea instituțiilor. Această relație sugerează un efort în obținerea unui echilibru între beneficiile autonomiei și crearea instrumentelor care compensează lipsa unui control social centralizat

- România realizează un echilibru între autonomie și controlul social în majoritatea instituțiilor supuse cercetării. Cu toate acestea importante dezechilibre și influențe spre o autonomie în care lipsesc nivelurile de responsabilitate se pot observa.

- În cadrul unui studiu comparativ se pot observa o serie de influențe istorice și etnice care pot afecta o dezvoltare pe principii autonome a regiunii.

Metodologia de cercetare a tematicii propuse presupune utilizarea unor instrumente precum:

- Analiza documentară: cantitativă și calitativă
- Observația directă (participativă ori exterioară) a fenomenului administrativ
- Consultarea surselor oficiale

Studiu doctrinar

Unii autori împart abordarea *autonomiei* în patru categorii: un grup compară *autonomia* cu dreptul de a acționa discreționar în anumite privințe. Dreptul este, în acest caz posedat de individ sau de un corp administrativ. Alții folosesc termenul ca un sinonim pentru independență. Conform unei a treia poziții *autonomia* este sinonimă cu descentralizarea iar o a patra opinie specifică ca entitățile autonome sunt acelea care au puteri exclusive: legislative, administrative și judecătorești în domenii specifice. Ultima variantă este denumită autonomie politică și este opusă autonomie administrative, care este limitată la puterile din sfera administrației.¹

Studiind diferite teorii și o cazuistică destul de vastă autorii sus menționați sugerează o descriere eclectică a *autonomiei*. Trebuie totuși menționat că în practică există o mare diferență între diferitele cazuri și cu toate acestea următoarea definiție nu are pretenția de a reflecta în mod identic toate aceste cazuri diferite. O autonomie politică teritorială este o modalitate prin care se garantează unui grup care diferă de majoritatea populației dintr-un stat – dar care este majoritar într-o anumită regiune, un mijloc prin care își exprimă identitatea.

Autonomia este un mijloc de difuzare a puterilor pentru a conserva unitatea statală în timp ce se respectă diversitatea populației sale: a fost un succes în unele cazuri și un eșec în altele.²

După Dworkin³ *autonomia* funcționează ca un ideal moral, politic și social. În toate cele trei cazuri există o valoare adăugată după cum sunt văzute lucrurile prin prisma valorilor, motivației și dorințelor individului și cum aceste elemente sunt cizelate și formate⁴.

Ca un ideal politic, *autonomia* este utilizată ca un argument împotriva formei și a funcționării instituțiilor politice care încearcă să impună un set de valori, atitudini și finalități cetățenilor societății. Acest fapt poate fi impus datorită unei viziuni teologice sau a unei viziuni istorice asupra unei societăți credibile sau poate fi impusă de importanța acumulării de experiență odată cu dezvoltarea umană. Unui guvern i se cere să trateze cetățenii săi în mod neutru în sensul

¹ Ruth Lapidoth, *Autonomy, Flexible solutions to ethnic conflicts*, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 1997, p. 33.

² Ruth Lapidoth, *op. cit.*, p. 3.

³ Gerald Dworkin, *The theory and practice of autonomy*, Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1988, p. 10.

⁴ Autorul tratează pe parcursul cărții cele două componente ale autonomiei teoretice și practice și le abordează din punct de vedere filozofic.

că nu poate favoriza interesele unora sau a altora. Dealtfel această idee a fost folosită de Dworkin și în argumentarea existenței diferitelor drepturi.

Un punct important în stabilirea regimului *autonomiei* este divizarea puterilor între autoritățile centrale și entitățile autonome. Puterile pe care le presupune *autonomia* sunt de obicei relaționate cu aspecte ce țin de cultură, economie și aspecte sociale. Cu toate acestea există diferite grade de autonomie iar extinderea puterilor transferate către autoritățile autonome variază de la foarte restrictive la foarte extinse și către o mare concentrare a puterilor esențiale în ariile menționate. De obicei afacerile externe și securitatea sunt rezervate în mod restrictiv statului, guvernului central; cu toate acestea în câteva cazuri organismul autonom are puteri limitativ agreeate de guvernul central de a încheia acorduri internaționale și de a deveni membru al organizațiilor internaționale. În unele cazuri autoritățile centrale se consultă cu organismele autonome atunci când iau decizii ce pot afecta pe cele din urmă.

Pentru a evita disputele și neînțelegerile, este important ca puterile unui regim autonom să fie definite în mod cât mai clar atunci când sunt stabilite. În fapt în mod obișnuit sunt patru arii diferite ale puterii care pot fi luate în considerare: puteri rezervate puterilor centrale, puteri transferate către entitățile autonome în mod integral, puteri paralele și puteri care pot fi exercitate în comun.

În anumite cazuri⁵, puterea centrală determină politica generală într-un număr de domenii în care entitatea autonomă poate să se desfășoare, iar autoritatea locală este autorizată să se desfășoare în limitele acestei politici generale. În fapt este nevoie de un anumit grad de cooperare, coordonare și consultare între autoritățile centrale și entitatea autonomă. Acest fapt este crucial deoarece este de înțeles să existe o legătură între puterile exercitate de aceste entități. În plus anumite puteri pot solicita o acțiune comună.

Chiar dacă transferul puterilor este prevăzut și în mod meticolos descris, atunci când *autonomia* este stabilită anumite dificultăți viitoare nu pot fi preîntâmpinate. Spre exemplu pot exista discuții referitoare la ce categorie de puteri putem încadra o anumită atribuție a uneia sau alteia dintre părți.

Așa cum am mai spus puterea entităților autonome de obicei includ legiferarea, atribuții judecătorești și administrative în acele sfere ale responsabilității transferate către aceasta. Cu toate acestea puterea de a judeca rămâne de multe ori la nivelul autorității centrale. Actul de legiferare al entităților autonome de cele mai multe ori necesită confirmarea din partea autorităților centrale, dar acest consimțământ trebuie dat (cu excepția în care spre exemplu acel act legislativ afectează și submină securitatea statului ori poate fi acuzat de exces e putere). Ca atare putem vorbi de un accept necesar a fi emis de către centru în conformitate cu acordul încheiat de cele două părți.

Un regim al *autonomiei* poate fi stabilit de către tratate internaționale⁶, de către Constituție, prin statute ori acte de reglementare subsecvente și, nu în ultimul rând prin combinarea instrumentelor susmenționate. Probabil că chiar și cutuma ori obiceiul poate reglementa existența unei astfel de situații⁷.

În mod etimologic cuvântul autonomie derivă din grecește “auto”, el însuși și “nomos”- lege sau regulă. Astăzi conceptul este folosit în trei ramuri diferite ale științei: 1. filosofie și ramurile sale derivate, 2. științele naturii și 3. drept, științele politice și relațiile internaționale.

Pentru filozofi *autonomia* este o caracteristică a persoanei care are puterea de a se autodirija prin propria sa rațiune, prin propriul liber arbitru, “libertatea pozitivă” sau “propriul stăpân”. În științele naturale conceptul promovează ideea de independență organică sau de condiție a unui

⁵ Spre exemplu în sudul Sudanului.

⁶ Situația Eritreei (prin rezoluție a Adunării Generale a Națiunilor Unite), ori teritoriul Memel (Convenția de la Paris - 1921), Tyrolul de Sud (Acordul Bruno de Gasperi 1946).

⁷ Diferențele putând fi făcute de natura sistemului juridic.

fenomen în conformitate cu propriile legi, fără a fi subiectul unor reglementari mai presus de el însuși.

În domeniul științelor politice și juridice *autonomia* cunoaște mai multe interpretări.

Georg Jellinek⁸ descrie o entitate autonomă ca fiind una bazată numai pe propriile legi, cu toate atributele materiale și funcționale ale puterii de stat: autoritatea de a guverna, de a administra și de a judeca. Practic acest fapt poate fi sinonim cu suveranitatea.

În opinia lui Paul Laband⁹ *autonomia* întotdeauna include puterea de legiferare dar diferă de suveranitate prin aceea că poate fi exercitată numai în limitele sale bine stabilite de puterea suverană.

O entitate poate fi privită ca având autonomie numai atunci când are propriile puteri de legiferare, administrare și judecată. Trebuie făcută distincție față de autoguvernare (engl. self government) sau descentralizare administrativă (fr. *-descentralization administrative*), o noțiune ce implică faptul că entitatea care se autoadministrează este subordonată unei entități superioare care ar fi putut realiza această administrare ea însăși. Există și autori care vorbesc despre cei doi termeni (self government și administrative descentralization) ca despre termeni sinonimi.¹⁰

Leon Duguit¹¹ definește *autonomia* ca implicând un areal protejat prin puterea legislativă a statului iar Henry Berthlemy¹² folosește termenul ca un sinonim pentru descentralizare în vreme ce Maurice Hauriou¹³ îl folosește pentru a descrie discreția pe care uneori legile o lasă administrației.

Jacob Robinson¹⁴ examinând natura *autonomiei* apreciază, prin compararea cu conceptul de suveranitate că *autonomia* există numai prin respectul față de acele puteri ce i-au fost conferite în vreme ce suveranitatea reprezintă autoritatea supremă și de necondiționat a statului.

Cea mai scurtă definiție a *autonomiei* pe care am regăsit-o în literatura de specialitate este cea data de Heinrich Oberreuter¹⁵: posibilitatea de autodeterminare liberă în cadrul unei reglementări preexistente.

Fundamentele teoretice ale studiului

R.A.W. Rhodes¹⁶ identifică două căi de existență a celor două entități centrală și locală. Pe de o parte se poate vorbi de o modalitate în care entitatea locală este agent, implementând deciziile de la nivel local sub supravegherea departamentelor de specialitate de la nivel central. În acest caz agentul local are limitată sau chiar deloc posibilitatea de a decide. O a doua modalitate este cea a unui model de parteneriat în care autoritățile locale și cele centrale sunt codecidente sub autoritatea Parlamentului. Autoritățile locale au posibilitatea de a decide în conceperea și implementarea politicilor proprii.

Trendul care se face simțit în acest moment este acela de transformare a entităților locale din parteneri în agenți. Această centralizare apare datorită a două motive: 1. Entitatea centrală

⁸ Allgemeine Staatslehre, Bad Homburg, Germany, Herman Getner Verlag, 1928/1960, p.493.

⁹ Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, vol.1, Tübingen, Germania, Mohr, 1911, p.105-106.

¹⁰ Carre de Malberg, *Contribution a la theorie generale de l'etat specialment d'apres les donnees fournies par le Droit constitutionnel francais*, vol.1, Paris, Siery, 1920, p. 169-170.

¹¹ Leon Duguit, *Traite de droit constitutionnel*, vol.2, Paris, Fontemoing Bocard, 1921, p.478.

¹² Henry Berthlemy, *Traite elementaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 1926, pp.174-176.

¹³ Maurice Hauriou, *Precis de droit administratif et de droit public*, Paris, Siery, 1927, pp.345-346.

¹⁴ Kommentar der Konvention uber das Memelgebiet vom 8 Mai 1924, Kaunas, Lithuania, Verlag "Spaudos Fondas", 1934, pp.254-256.

¹⁵ Heinrich Oberreuter, *Autonomie*, în Staatslexikon, vol.1, Freiburg, Basel,, Verlag Herder, 1985, pp.490-491.

¹⁶ R.A.W. Rhodes, *Control and power in central-local government relations*, Aldershot and Brookfield, Vt. : Ashgate, 1999, p13.

exercită din ce în ce mai mult un control strâns asupra cheltuirii banului public în vreme ce entitățile locale devin din ce în ce mai dependente de subvențiile de la nivel central.

În al doilea rând, departamentele centrale au acumulat cât mai multe atribuții de control. Acestea acordă entităților centrale un rol supranatural

Conținutul *autonomiei* administrative

În termeni generali *autonomia* birocratică este definită ca o dispensă acordată unei entități administrative de către o autoritate superioară sub totală sau supravegheată.

Iată câteva componente ale acesteia relevate de către doctrină¹⁷:

1. *Autonomia* structurală prin introducerea unei alternative intermediare de supervizare politică

2. Autonomie financiară – caracterizată prin ne dependența de resursele financiare ale sistemului bugetar central

3. *Autonomia* legală – ce dă posibilitatea entității de a decide singură în domeniul său de competență

Totodată alți doctrinari¹⁸ iau în considerație *autonomia* culturală ori teritorială, *autonomia* decizională (care poate fi identică cu cea legală identificată de Jørgen Grønnegaard Christensen) ori *autonomia* personală (acordată pe criterii etnice, culturale, religioase ori lingvistice).

Putem măsura gradul de autonomie al unei entități conform plasării pe grila de mai jos:

	Autonomie structurală	Autonomie financiară	Autonomie decizională (de reglementare)
Autonomie scăzută	Conducerea entității administrative comunică ministerului de resort pe cale ierarhică Ministerul numește conducerea entității	Se aplică reglementările autorităților centrale	Legislația nu lasă opțiuni entității administrative Nu există autorizări de reglementare a aspectelor interne
	Conducerea raportează la minister după consultări cu un consiliu în care majoritatea este constituită de către actori neguvernamentali Ministerul numește conducerea	Entitatea este finanțată din câștigurile din vânzări. Deficitul este acoperit de la nivel central	Legislația autorizează ministerul să reglementeze aspecte generale ale politicilor publice
	Conducerea agenției raportează unui organ colegial în care majoritatea membrilor	Agențiile sunt finanțate prin vânzări și repartiții bugetare de la nivel central	Legislația permite conducerii agenției să decidă în cazuri particulare care nu

¹⁷ Jørgen Grønnegaard Christensen, *Bureaucratic Autonomy as a Political Asset*, prezentat la Workshopul *Politicians, bureaucrats, and institutional reform*, ECPR Joint Sessions of Workshops, Mannheim, March 26-31, 1999.

¹⁸ Ruth Lapidot, *Autonomy, Flexible solutions to ethnic conflicts*, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 1997, p. 37.

	este numită de primul ministru care are și atribuția de a-i demite în mod discreționar. Consiliul numește conducerea agenției		pot ajunge la nivelul ministerului
Autonomie sporită	Conducerea entității raportează unui consiliu format din directori în care majoritatea sunt numiți pe un termen fix de către actori neguvernamentali. Acest consiliu numește conducerea agenției	Entitățile se autofinanțează nedepinzând de bugetul central	Legislația autorizează agențiile să reglementeze aspecte generale care converg către politicile publice definite prin lege

Tabel Reprezentarea grafică a dependenței tipurilor de autonomie

Organizațiile din sectorul public ar trebui să fie forțate să ofere mai multe informații despre performanța lor. Argumentul rezidă n faptul că acest lucru ar muta polul puterii, în termeni de control al informației din sfera autorității publice către alte sfere: politicieni, mediul academic, grupuri de presiune și societatea civilă în general¹⁹.

Edward Elgar, preluând o idee a lui Swyngedouw face o împărțire în trei trepte a puterii ce ar contribui la rearanjarea relațiilor dintre state, societatea civilă și piață. Acest fapt ar necesita externalizarea câtorva dintre funcțiile statului prin privatizare și descentralizare. Palierul cel mai de jos al guvernării ar fi cel local cu formele sale; iar palierul de sus ar implica o serie de organisme supranaționale (Uniunea Europeană, Organizația Mondială a Comerțului, etc.). Această structură ar fi întărită de o serie de structuri ce se formează pe orizontală prin asocierea organismelor private și publice

În ultimii 20 de ani clasicul sistem ierarhic de comandă de la centru a fost completat printr-o mai accentuată delegare a acestor funcții către agenții autonome²⁰. O ipoteză de la care se poate pleca este aceea că crearea unor entități autonome va îmbunătăți performanțele și eficiența fără a afecta în mod negativ alte valori cum ar fi controlul politic sau democrația²¹. Considerăm că aceasta este o ipoteză și nu un fapt bazat pe realități și ca atare este nevoie să fie examinat prin studii empirice. Cauzele și efectele unei astfel de politici sunt încă neclare.

Regimul politic factor de influență a autonomiei

În doctrina politică românească regimul politic este definit ca fiind *ansamblul metodelor și mijloacelor de realizare a puterii, a relațiilor existente între elementele care alcătuiesc sistemul social politic, relevând, mai ales, regimul drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor*²².

¹⁹ Patricia Kennett, *Governance, globalization and public policy*, Cheltenham, U.K. ; Northampton, Mass. Edward Elgar, c2008, p.33.

²⁰ Tom Christensen, Per Lægreid, *Autonomy and regulation : coping with agencies in the modern state*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar, c2006, p.8.

²¹ Christopher Pollitt ... [et al.], *Agencies : how governments do things through semi-autonomous organizations*, Basingstoke, Hampshire ; New York : Palgrave Macmillan, 2004.

²² Vâlsan, C., *Politologie*, Editura Economică, București, 1997.

Putem concluziona că regimul politic se referă la condițiile concrete de funcționare a administrației în relație cu politica.

În mod indubitabil regimul politic existent într-o țară influențează în mod substanțial administrația statului respectiv și astfel apar diferențieri majore în modul de organizare și funcționare a sistemului administrativ. Aceste diferențieri sunt influențate de cele două categorii de regimuri politice și anume, *regimurile democratice și regimurile autoritare sau totalitare*. În prezenta lucrare ne-am propus să analizăm *autonomia* administrativă din perspectiva regimurilor democratice, considerând că este mediul cel mai propice de dezvoltare a unui astfel de concept.

Cele două tipuri de regimuri diferă prin *dintre grupul uman care exercită puterea politică și cel care administrează din punct de vedere profesional*.

Se admite *existența unei administrații profesionale* într-un regim democratic. În consecință, *grupul funcționarilor*²³ și, în special, cel al înalților funcționari (birocrații) *poate și trebuie să coexiste cu diferite ideologii politice și va interveni, mai mult sau mai puțin, în societate conform ideologiei partidului de la putere*²⁴.

Într-un regim totalitar sau autoritar situația este opusă, *administrația fiind identificată, într-o măsură mai mică sau mai mare, cu clasa politică conducătoare, mai ales la nivelele sale superioare*. În mod evident, ambele regimuri vor fi întotdeauna influențate de către împrejurările politice, economice și sociale concrete.

Putem enunța o serie de caracteristici specifice ale regimului democratic cum ar fi:

- Administrația se află sub autoritatea directă a guvernului, dar se organizează și funcționează conform liniilor generale impuse de Parlament.
- Va exista întotdeauna o corelație directă între voința majorității electorilor și conduita administrației
- Democrația antrenează în mod necesar descentralizarea care tinde să încredințeze gestiunea colectivităților locale unor organe alese pe plan local.
- Parlamentul, independent de acțiunea pe care o exercită în domeniile legislativ și bugetar, exercită anumite influențe asupra administrației
- În regimul democratic, administrația este supusă nu numai controlului Parlamentului, ci și supravegherii societății civile, organizată sau nu (presa, ONG-uri, sindicate, asociații patronale, etc.), care este liberă să critice ministrii și funcționarii.
- Ansamblul libertăților publice permite cetățenilor să-și expună doleanțele și să fie protejați contra abuzurilor.
- Administrația este supusă și unor controale interne care decurg din ierarhie și tutelă²⁵.

Autoritățile locale nu pot fi lăsate în totalitate libere să-și desfășoare activitatea pentru că altfel s-ar putea transforma în guverne rivale, provocând puterea și autoritatea guvernului central. Guvernul central trebuie deci să partajeze astfel puterea încât deși poate diferi din punct de vedere politic de autoritatea centrală autoritatea locală să nu-și depășească limitele²⁶.

În afara de controlul judecătoresc pe care îl vedem ca un control *ultra vires* există trei tipuri principale de control ce pot fi utilizate de autoritatea centrală asupra autorităților locale: controlul financiar, legislativ și administrativ²⁷.

²³ Alina Profiroiu, Irina Popescu, *Introducere în Știința administrativă*, Editura ASE, București, 2003.

²⁴ Alina Profiroiu, *Știința administrativă*, Editura Economică, București, 2007.

²⁵ A se vedea în acest sens și opiniile exprimate de Alina Profiroiu, Irina Popescu, *Introducere în Știința administrativă*, Editura ASE, București, 2003.

²⁶ J.H. Price, *Comparative government, four modern constitution*, , second edition, Hutchinson, London, 1975, p. 167.

²⁷ J.H. Price, *op. cit.*, p. 168.

Controlul este considerat a fi un control realizat de stat dar există totodată și un control privat asupra sectorului public – control extern - cat și un control intern realizat de o mare varietate de agenții publice care își stabilesc standarde și folosesc diferite forme de măsurare a performanței managementului și stabilesc măsuri de auditare a organizațiilor guvernamentale²⁸.

Instaurarea unei democrații necesită adoptarea unei duble limitări a puterii: o separare organică și funcțională a puterilor între legislativ, executiv și judecătoresc dublată de o divizare teritorială care să tempereze puterea centrală prin contrabalansarea de către cea locală.

Istoria colectivităților locale este cea a *autonomiei* lor. Centralismul și autoritarismul modelează statul în timpul secolului XIX. Entitățile locale nu erau decât circumscripții administrative subordonate puterilor statului. Hélène Pauliat încearcă să găsească răspunsul în partea 1 a cărții sale la întrebarea dacă *autonomia* și libera administrare a entităților sunt un exercițiu conflictual al competențelor, precizând că în etapa actuală de dezvoltare a societății umane trebuie să se țină cont de cele două fenomene antagonice: globalizarea și *autonomia*. Ca atare apar două fenomene: pe de o parte un fenomen de centralizare a competențelor (indiferent de ce nivel discutăm – mondial, comunitar, regional, național) și pe de altă parte un fenomen de descentralizare, de recunoaștere a diversității.²⁹

Componente de bază ale autonomiei administrative

William Safran³⁰ prezintă dimensiunea spațială și funcțională a *autonomiei* dintr-o perspectivă națională și teoretică.

În multe scrieri cu referire la minoritățile etnice și cu precădere cele care tratează problematica protejării drepturilor lor culturale se realizează o distincție între *autonomia* teritorială și cea non-teritorială. Prima se referă la acordarea unei autorități jurisdicționale în cadrul unei entități politice larg definită ca stat; pe cea din urmă autorul o denumește “autonomie funcțională” dar care apare în doctrină și ca “autonomie personală” sau autonomie instituțională³¹.

Separarea între instanțe - politice și administrative; administrative și economice

Separarea între instanțe - politice și administrative; administrative și economice - este de fapt a doua constantă a modelului democratic de administrație publică.

Pe acest al doilea principiu se fondează mitul weberian, care încă domină în modelul occidental și anume o administrație instrumentală aflată la dispoziția puterii politice, dar separată de aceasta. Separarea constă, în principiu, în imposibilitatea funcționarilor de a intra în lumea politica și a oamenilor politici de a intra în administrație. Separarea nu este însă decăt teoretică, iar practic evoluează de la separarea oarecum accentuată în stil englezesc, la dezvoltarea crescândă a unei intersecții reciproce, în stil francezesc dintre administrativ și politic³².

²⁸ Tom Christensen, Per Lægheid, *Autonomy and regulation: coping with agencies in the modern state*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar, c2006, p. 10.

²⁹ Hélène Pauliat, *L'autonomie des collectivités territoriales en Europe : une source potentielle de conflits*, EUROPA; textes réunis par ; [textes de Nadine Poulet, Joël Andriantsimbazovina, Yves Cousquer ... et al.], Limoges : PULIM. Presses universitaires de Limoges, 2004, p.15.

³⁰ Identity and territorial autonomy in plural societies, William Safran, Ramon Maiz, London, Frank Cass, 2000.

³¹ Ruth Lapidot, *Autonomy: Flexible solutions to ethnic conflicts*, Washington DC, US, Institute of Peace Press, 1996; Evelyn Kallen, *Ethnicity and self determination: a paradigm*, în Donald Clark and Rupert Williamson, *Self determination: International perspective*, London, Macmillan, 1996, pp.113-123.

³² Ioan Alexandru, *Politică, Administrație, Justiție*, Editura All Beck, București 2004, p. 103.

În ceea ce privește prima ipoteză - restrictiv de a patrunde în lumea politică a funcționarilor - acestea sunt mai aspre în Marea Britanie, moderate în Germania și relativ mai lejere în Franța.

Accesul unui funcționar la o activitate politică, ministerială sau parlamentară, în Marea Britanie este dificil, din motive care țin în primul rând de condițiile juridice în care se exercită libertățile politice ale agenților publici. Se știe, de fapt, că funcționarii publici (agenții administrativi) sunt repartizați în trei grupuri³³:

- grupul agenților "politic liberi" - practic tot personalul industrial și cel care nu este industrial subaltern - care au toată libertatea de a se dedica unei activități politice, fie ca este locală sau națională; grupul intermediar - de exemplu dactilografi, agenți cu studii administrative inferioare și chiar anumiți agenți cu un nivel ierarhic ușor superior al corpurilor științifice sau tehnice - ai căror membrii trebuie să obțină o autorizație de la departamentul ministerial dacă vor să se dedice unei activități politice atât pe o treaptă locală, cât și națională; în sfârșit, grupul agenților așa numiți "politically restricted" interzice orice activitate politică națională, aceștia neputându-se dedica unei activități politice locale decât cu autorizație. O mare putere de apreciere este lăsată fiecărui ministru pentru eliberarea unor astfel de autorizații care sunt acordate după rangul și natura funcțiilor exercitate de funcționar și după domeniul de activitate și competențele ministerului de care depinde. Se pare că astfel de autorizații nu sunt acordate decât foarte restrictiv: cca. 100 autorizații, în medie, pe an.

Dispozițiile relative la libertățile politice au deci un efect descurajant. Acest efect de descurajare este cu atât mai mare cu cât un funcționar care ar vrea să se prezinte, cu orice pret, la o alegere, nu ar putea participa decât demisionând în prealabil din funcția sa din administrație. Nesiguranta materială care ar rezulta pentru el în această situație (nu mai este funcționar, dar nu este sigur dacă va fi ales) nu este compensată de perspectiva unor câștiguri financiare; indemnizațiile parlamentare în Marea Britanie nu sunt considerabile. La toate aceste condiții se adaugă tradiția politică britanică și anume că nu pot avea acces la un post ministerial decât personalitățile care au în general o îndelungată cunoaștere a vieții politice, mai întâi ca membru al Parlamentului, apoi ca Junior minister"; timpul cerut ca practician este, în medie (după terminarea studiilor), de 15 ani. Asadar, este evident că accesul unui funcționar britanic la o activitate politică „fie în calitate de parlamentar, fie în calitate de membru al guvernului, nu este nici ușor, nici obișnuit, nici atrăgător.

Situația din Germania este relativ diferită în ceea ce privește accesul funcționarilor la mandatele de deputați. În Bundestag spre exemplu, s-a realizat într-o primă fază o creștere constantă a numărului de deputați provenind din funcția publică. Este adevărat că, pe de o parte, un număr important din acești funcționari provin din învățământ și nu din administrația activă și că, pe de altă parte, proporția dintre funcționarii politici și funcționarii superiori din administrate pare dimpotrivă să fi scăzut.

Situația relativ diferită a Marii Britanii și a Germaniei reflectă diferența dintre statutul politic al funcționarilor britanici și germani. Aceștia din urmă au posibilitatea statutară de a se dedica activităților politice - cu condiția să nu fie împotriva „ordinii fundamental democratice și liberale”, așa cum rezultă din Constituție. Funcționarii trebuie chiar să adere prin întreaga lor atitudine la această ordine democratică și liberală. Funcționarii germani au de asemenea posibilitatea de a se prezenta la alegeri în calitate de candidați, fără a fi obligați să demisioneze în prealabil. În plus, au garanția de a-și regăsi slujba în administrație după sfârșitul mandatului electoral³⁴.

³³ Ion Popescu Slăniceanu, *Teoria funcției publice*, Editura Evrica, Brăila, 1991, p. 100-108.

³⁴ G. Timsit, *Modele, structuri și strategii ale administrației, elemente pentru o prospectare administrativă*, Revista de drept Public, Paris, 1986, apud Ioan Alexandru, *Administrația Publică, terorii, realități, perspective*, Editura Lumina-Lex, București, 2007, p.422.

În Franța, până în 1958, separarea instanțelor administrative de cele politice era de asemenea principiul dominant. Lucrurile s-au schimbat la instaurarea celei de-a V-a Republici. Franța oferă în această privință exemplul unei excepții de la principiul separării politicului de administrație.

Separarea de principiu a două lumi după cum spune William Plowden, lumea închisă a clasei politice și lumea administratorilor - se manifestă de asemenea prin imposibilitatea de pătrundere în lumea administrativă a politicienilor, imposibilitate mai evidentă în Marea Britanie decât în Germania sau Franța.

Separarea este, în acest sens, mai puțin rigidă și trecerile de la o lume la alta mai ușoare, chiar dacă ele raman rare. În Marea Britanie, numirile oamenilor politici în posturi administrative sunt, se pare, excepțional; cel mai adesea, ele se fac pentru posturile de ambasadori, de delegați sau pentru funcții superioare în industriile nationalizate. În Germania separarea este mai mica.

Asadar, exista adevărate pârgii de transfer a voinței politice către administrația publică care asigură subordonarea acesteia din urmă față de politic. În același timp, modelul presupune separarea, neconfundarea puterii politice și a administrației.

Dat fiind că alternanța sau cel puțin schimbarea politica reprezintă regula într-o democrație reală, administrația nu poate fi legată de puterea politică și nu trebuie să fie reînviată în totalitate la fiecare schimbare politică, ci, din contra, trebuie să aibă stabilitate și continuitate. Astfel, evoluția constituțională a regimurilor politice contemporane, fondate pe principiul partidelor ce se succed la putere, trebuia să ajungă la o împărțire a funcționarilor în două categorii: pe de o parte, funcționarii de cariera, pe de alta parte, funcționarii politici. Funcționarii politici pot fi recunoscuți prin faptul că putem să-i deplasăm după voie sau cel puțin să-i punem în disponibilitate, ei asigurând legătura, dar în același timp separarea - între puterea politică și aparatul administrativ. Opusul sunt funcționarii de cariera funcționarii adevărați a căror vocație este să administreze înainte de toate într-un mod nepărtinitor.

Astfel face Weber distincția între cele două puteri și funcțiile lor. A lua parte, a lupta, a fi pasionat sunt caracteristicile omului politic și mai ales ale șefului politic. Activitatea șefului politic este subordonată unui principiu de responsabilitate deosebit, ba chiar opus aceluia al funcționarului. Onoarea și valoarea funcționarului constă în abilitatea sa de a executa conștiincios un ordin sub responsabilitatea autorității superioare, chiar dacă, în pofida propriei lui păreri, autoritatea superioară se încapătănează să urmeze o cale greșită. El trebuie mai degrabă să execute acest ordin, ca și cum ar corespunde cu propriile sale convingeri.

Principiul subordonării are, în majoritatea țărilor europene, un temelie constituțional. Principiul suveranității națiunii este fundamental. Nici un corp, nici un individ nu își poate impune autoritatea ce nu provine în mod evident de la națiune. Administratorii nu au legitimitate reprezentativă. Se afirmă deci existența unei distincții fundamentale între reprezentanți, puterea politică, singurii posesori ai suveranității, singurii împuterniciți să angajeze națiunea și administratorii, agenții, funcționarii singurii responsabili să execute voința puterii politice. Acest lucru se realizează prin rigurozitatea foarte strictă, prin intermediul ierarhiei structurilor administrative a căror minucioasă articulație asigură transferul deciziei puterii politice în direcția administrației și difuzarea voinței puterii politice în interiorul întregului corp administrativ³⁵.

După cum am văzut, structurile de transfer sunt, fie structuri colegiale, fie experți individuali. Ambele se caracterizează prin dubla lor trăsătură politică și administrativă. Ele nu fac diferența dintre cele două funcții. Structurile sunt compuse, în esență din acești „funcționari politici” de care vorbește Weber. Cea mai importantă dintre aceste structuri colegiale este

³⁵ Ioan Alexandru, *Administrația Publică, terorii, realității, perspective*, Editura Lumina Lex, București, 2007, p.455.

constituită de ansamblul serviciilor prezidenției – Cancelaria, cabinetul, Consilierii prezidențiali și chiar Consilierii de stat se constituie într-un organ liant esențial între Președinte, Guvern și aparatul administrativ al statului.

Cabinetele ministeriale și în primul rând cel al primului-ministru prezintă aceleași caracteristici. Cabinetele rămân în funcție pe lângă ei în principiu atât timp cât ministrul deține portofoliul pe lângă care sunt plasate. Ele asigură o misiune generală de coordonare a serviciilor ministerului și chiar, câteodată, în anumite ministere, considerate slabe - nu rezistă tentației de a înlocui serviciile ministeriale, pentru rezolvarea unor dosare.

Lista acestor funcții cu o stabilitate relativ mai mare este stabilită în Franța astfel, cu titlu nelimitativ printr-un decret: prefecți, rectori, ambasadori, secretari generali, directori generali și directori de administrații centrale etc., toți angajații cei mai elevați ai ierarhiei administrative sunt înscrși în această listă³⁶. Agenții care ocupă aceste funcții depind de decizia guvernului atât în ceea ce privește numirea, cât și scoaterea lor din funcție. Dar libertatea discreționară de care dispun guvernele în privința acestor agenți - în majoritatea cazurilor aceștia având un statut de funcționari - care ocupă aceste funcții nu înseamnă nicidecum ca fiecare schimbare de guvern a determinat o schimbare a titularilor acestor funcții. Dar aceasta libertate discreționară poate implica o anumită slăbiciune politică, dacă nu a guvernului și a partidelor aflate la putere, cel puțin a ideilor politice dominante.

Și mai apare un aspect: problema coordonării și a controlului crește disproporționat odată cu mărirea organizației³⁷.

Echilibrul dintre autonomie și control este greu de stabilit și la fel de greu de menținut și o mare provocare este clarificarea sub ce condiții acest echilibru se schimbă într-un sens sau altul. O altă întrebare este cum să controlezi pe cei care controlează?³⁸

Autonomia financiară și fiscală

Vom începe analiza de față printr-o întrebare: *Autonomia* financiară a colectivităților locale poate pune în pericol liberul acces la serviciile publice inițial gerate, garantate de stat? (prin posibilitatea existenței subfinanțării sau a unei finanțări diferite a aceluiași tip de serviciu?)

Agențiile se găsesc ele însele între două tendințe contradictorii: pe de o parte ca instituții publice trebuie să colaboreze la nivel local. Datele statistice ne arată tendințe ale centralizării motivate de faptul că aceste instituții ar fi mult mai eficiente în situația centralizării. Pe de altă parte agențiile își dau silința să găsească independența de care au nevoie în vederea administrării eficiente a fondurilor, în ciuda impulsurilor birocratice care caracterizează în mod natural administrația. Nu există nici un indiciu că din cele două tendințe să prevaleze vreuna dar diferite entități organizaționale din UE demonstrează că eficiența acestor instituții este dată de înaltul nivel de autonomie sau chiar de independența pe care o au³⁹.

Autonomia financiară este concretizată de dispunerea de resurse suficiente pentru a garanta acoperirea cheltuielilor proprii și, în același timp de a asigura realizarea competențelor descentralizate.

³⁶ Ioan Alexandru, *Drept administrativ comparat*, Editura Lumina-Lex, București, 2003 p. 590.

³⁷ Patricia Kennett *Governance, globalization and public policy*, Edward Elgar, Cheltenham, U.K. ; Northampton, Mass., 2008, p.32.

³⁸ *Autonomy and regulation : coping with agencies in the modern state* / edited by Tom Christensen, Per Lægreid, Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar, c2006, p. 38.

³⁹ A se vedea demersul științific realizat în acest sens de Florea Adrian, *L'autonomie relative des politiques budgétaires*, Analele Universității din Oradea, Seria Științe economice, Tom VI, Volum I, 2007, pp. 299-301, <http://anale.steconomie.evonet.ro/arhiva/2007/economics-and-business-administration/67.pdf>.

Libertatea de a administra, *autonomia* financiară și fiscală sunt prezentate și asociate ca fiind un cocteil al unei descentralizări reușite⁴⁰.

Specialiștii apreciază că libera administrare este temelia descentralizării.

Putem vorbi de două fundamente ale revendicării *autonomiei* financiare: pe de o parte vorbim de responsabilizarea colectivităților locale (pot decide singure – cu rezerva legalității, își pot asuma responsabilități). În al doilea rând libertatea de administrare ca și autonomie financiară sugerează o independență a colectivității vis-a-vis de stat. Hélène Pauliat concluzionează în acest caz că revendicarea *autonomiei* financiare este mai degrabă apanajul colectivităților locale bogate.

Agnes Sauviat⁴¹ precizează că *autonomia* financiară a colectivităților locale este una din condițiile de bază a unei libertăți de administrare reale în măsura în care ea nu este o modalitate prin care se afirmă independența față de stat ci impune statului să garanteze un nivel stabil și suficient de resurse ce îi permite colectivității locale să-și exercite pe deplin și pertinent competențele descentralizate.

Procesul de descentralizare în Franța se sprijină pe patru principii importante: înscrierea regiunii în Constituție, la egalitate cu departamentul și comuna, dreptul de experimentare, garantarea *autonomiei* resurselor financiare ale regiunii, dreptul la referendum-ul local. Cea mai importantă consecință a acestui proces este creșterea fiscalității locale, ceea ce provoacă numeroase conflicte între guvern și consiliile regionale⁴².

Servicii	Nivel local	Nivel județean	Nivel regional	Nivel național
Autorități publice				
Sediile autorităților	L	J	R	
Alte sedii ale instituțiilor publice	L	J	R	
Poliția locală	L	J	R	
Pompieri	L			
Apărarea civilă				
Educație				
Preșcolară	L			
Învățământ gimnazial	L			
Învățământ liceal	L	J		
Universități			R	N
Sănătate				
Asistență medicală de bază	L			
Protecție medicală	L	J	R	N
Spitale		J	R	
Sănătate publică	L	J	R	N
Cultură și sport	L	J	R	N

⁴⁰ *L'autonomie des collectivités territoriales en Europe : une source potentielle de conflits / EUROPA* ; textes réunis par Hélène Pauliat ; [textes de Nadine Poulet, Joël Andriantsimbazovina, Yves Cousquer ... et al.], Limoges : PULIM. Presses universitaires de Limoges, 2004, p.172.

⁴¹ *L'autonomie des collectivités territoriales en Europe : une source potentielle de conflits / EUROPA* ; textes réunis par Hélène Pauliat ; [textes de Nadine Poulet, Joël Andriantsimbazovina, Yves Cousquer ... et al.], Limoges : PULIM. Presses universitaires de Limoges, 2004, p.174.

⁴² *Modernizarea guvernării locale în Franța*, Andre Cabanis, Universitatea de Științe Sociale din Toulouse, în Revista Economie și administrație locală, Numărul 10/2006, Materialul a fost prezentat în cadrul Conferinței Internaționale "Guvernarea modernă a colectivităților locale", organizată de Facultatea de Management – ASE.

Asistență socială	L			
Mediu și managementul deșeurilor				
Colectarea deșeurilor	L			
Depozitarea deșeurilor	L			
Curățenie stradală	L			
Protecția mediului	L	J	R	N
Transportul public	L			
Dezvoltare urbană	L			

Tabel: repartitia cheltuielilor bugetare pentru servicii publice raportat la tipul de buget

După cum se poate observa o mare parte din serviciile publice sunt asigurate din resurse locale.

Majoritatea țărilor OECD și-au creat organisme noncomerciale în afara centrului serviciilor publice pe baze ad-hoc, rezultând un adevărat “zoo” administrativ⁴³. Acest fapt a redus transparenta guvernării față de cetățeni și poate compromite răspunderea și modalitățile de supraveghere ale acestora de către guvernanti⁴⁴.

Autonomia fiscală nu poate fi recunoscută entităților locale, chiar și descentralizate ale unui stat unitar. *Autonomia* fiscală implică existența unei puteri fiscale absolute pentru că altfel nu putem vorbi de autonomie. Ori puterea fiscală (puterea de a impune taxe și impozite) este un atribut al suveranității statului, unul din drepturile regaliene în formă pură. Numai statul poate să impună, să modifice sau să suprimă regimul acestora. O atribuție atât de importantă nu poate fi lăsată la îndemâna organelor locale, acestea nedeținând decât o putere fiscală derivată le poate permite, într-o oarecare măsură, să moduleze nivelul impozitelor, dar în nici un caz nu pot crea impozite noi și nici să modifice regimul juridic al unui impozit⁴⁵.

Autonomia fiscală nu este deci o soluție viabilă și, fără dubiu nu este o condiție a *autonomiei* financiare.⁴⁶

Concluzii

Statele națiuni încetează să mai existe atunci când sunt consumate de conflictele interne și nu mai furnizează certitudinea binelui comun⁴⁷.

Dezvoltarea institutiilor administrative este o cerință minimalistă pentru formarea și dezvoltarea statului. Institutiile administrative slabe sunt un factor cheie în eșecul statelor. În absența capacității administrative, consolidarea de orice fel a statului este ca și inexistentă⁴⁸.

Principiul *autonomiei* are în vedere organizarea și funcționarea administrației publice pornind de la „dreptul și capacitatea efectivă a autorităților administrației publice, de a rezolva și

⁴³ Agencies : how governments do things through semi-autonomous organizations / Christopher Pollitt ... [et al.], Basingstoke, Hampshire ; New York : Palgrave Macmillan, 2004.

⁴⁴ OECD, Public sector modernization: Changing organization, GOV/PUMA, Paris, 2003, p.9.

⁴⁵ L'autonomie des collectivités territoriales en Europe : une source potentielle de conflits / EUROPA ; textes réunis par Hélène Pauliat ; [textes de Nadine Poulet, Joël Andriantsimbazovina, Yves Cousquer ... et al.], Limoges : PULIM. Presses universitaires de Limoges, 2004, p.174.

⁴⁶ L'autonomie des collectivités territoriales en Europe : une source potentielle de conflits / EUROPA ; textes réunis par Hélène Pauliat ; [textes de Nadine Poulet, Joël Andriantsimbazovina, Yves Cousquer ... et al.], Limoges : PULIM. Presses universitaires de Limoges, 2004, p.176.

⁴⁷ Robert I. Rotberg, *When states fail. Causes and consequences*, Princeton University Press, 2004, p.3.

⁴⁸ Robert I. Rotberg, *op. cit.*, p.157.

gestiona în nume propriu și sub responsabilitatea lor, o parte importantă a treburilor publice, în folosul colectivităților pe care le reprezintă”, autoritățile administrației centrale, potrivit principiului subsidiarității, intervenind dacă și în măsura în care obiectivele acțiunii nu pot fi realizate de autoritățile locale.

Autonomia entităților administrative se manifestă pe mai multe planuri. Pe planul **capacității juridice**, colectivitățile teritoriale locale sunt subiecte de drept distincte, având propriile interese publice, iar pe plan instituțional, ele dispun de autorități administrative proprii. Pe planul **autonomiei decizionale**, aceste autorități au competențe proprii și iau decizii în interesul colectivităților pe care le administrează. De asemenea, *autonomia* nu poate fi reală, efectivă, fără prezența *autonomiei* în planul **mijloacelor umane, materiale, financiare**, entitățile având proprii funcționari publici, domeniu (public și privat) propriu, **autonomie financiară** (buget propriu). Aceste entități sunt autonome dar nu și suverane. *Autonomia* locală în România este exclusiv la nivel administrativ, iar nu și legislativ, de guvernare sau judiciar.

Realitatea demonstrează că de aproape 10 ani se încearcă adaptarea la transformările de natură administrativă, politică și juridică ce au loc în statele dezvoltate. O analiză a cadrului legislativ și instituțional arată că nu au fost găsite cele mai bune instrumente pentru realizarea reformei în administrație:

- nu s-a reușit optimizarea procesului decizional, *autonomia* nefiind asumată complet de autoritățile locale;

- neidentificarea, în mod cert, a responsabilităților și relațiilor dintre diferite instituții și ca atare această slabă reglementare duce la necunoașterea tipului de raport ce se stabilește între aceste entități;

- descentralizarea este incompletă, nereușindu-se apropierea de interesul cetățeanului, a unor atribuții și decizii. Nu s-a reușit nici transferul complet de resurse materiale și financiare care asigură apropierea deciziei de realitatea economică și care conferă o mai bună valorificare a resurselor.

- bugetele entităților autonome sunt dependente în mare măsură de resursele bugetului de stat, veniturile proprii bugetelor locale nedepășind 25% din necesarul de resurse locale, reforma finanțelor vizând, după model european, o cotă de aproximativ 50%.

- o insuficientă comunicare între autoritatea publică și cetățean ce duce pe de o parte la necunoașterea autorității de către cetățean și e de altă parte la respingerea oricărei forme de reglementare pe care autoritatea ar putea-o genera;

- nu s-a reușit implementarea unui sistem informațional în toate ramurile administrației rezultând o dependență de alte instituții ori mijloace a entităților care s-ar dori autonome;

O creștere a <i>autonomiei</i> administrative duce la:	Consecințe planificate	Consecințe neplanificate
Acumulare a puterii	<ul style="list-style-type: none"> • Strategii de cooptare • Soluții la problemele de asumare a politicilor publice 	<ul style="list-style-type: none"> • Birocrația exploatează asimetria informațiilor • Politicile birocratice
Izolarea instituțională față de politică	<ul style="list-style-type: none"> • Statul de drept presupune posibilitatea de anticipare și siguranță 	<ul style="list-style-type: none"> • Rezistența la schimbare
Schimbări în performanță	<ul style="list-style-type: none"> • Birocrația promovează eficiența și eficacitatea 	<ul style="list-style-type: none"> • Maximizarea bugetului

Tabel: Consecințe ale *autonomiei* administrative

Fără îndoială că, multe legi adoptate în perioada postdecembristă - începând cu recunoașterea constituțională a *autonomiei* locale - au vizat crearea unui cadru legal necesar aplicării acestui principiu. Cu toate aceste eforturi, sunt încă necesare o serie de măsuri legislative și administrative care să confere eficiență acestui scop.

Elaborarea unei legi a descentralizării reprezintă un punct de plecare pentru o reformă administrativă în sensul implementării principiilor ce duc la creșterea *autonomiei* instituționale.

În societatea umană o schimbare socială are loc ca un fenomen permanent numai dacă are loc o schimbare de cultură. O revoluție este revoluție numai dacă are loc o revoluție etică⁴⁹.

⁴⁹ Maturana H, Varela F., *Autopoiesis and Cognition: the Realization of the Living*, Dordrecht, Holland, D.Reidel, 1980, p.XXVII.

CONSIDERATIONS ON THE IMPACT OF THE EU ENLARGEMENT TOWARDS CENTRAL AND EASTERN EUROPE ON THE EUROPEAN SOCIAL MODEL

Constantin Viorel MIHAI*

Abstract

While the European Union keeps taking pride in putting forward the existence of a European Social Model, no study or project was carried out in order to foresee the enlargement effects on this model and mainly how the latter could be successfully implemented by the new Member States, having regard to their own characteristics. It is no coincidence that the references to the European Social Model multiplied during the period when the EU was facing its own enlargement. More and more questions were raised concerning the new Member States convergence capacity, as regards Central and Eastern Europe countries in particular, with all the European Union social rules. The trends in the new Member States, as well as their convictions or their lack of conviction, concerning the European Social Model, have major implications on the tomorrow's social Europe. In which direction is it heading in an enlarged 25 or 27-nations European Union? This study is aimed at answering at this question having regard, in particular, to the economical and social characteristics of the new Member States and to the possible sources that might give rise to blockings in the social field.

Keywords: EU enlargement, European social model, central and eastern Europe

Introduction

In current debates about globalization politicians from the European Union and its Member States often refer to “**The European Social Model**” and argue about its competitiveness in relation to other models at global level. However, they do not offer a clear definition or an unambiguous signification. It is commonly agreed that it encompasses a certain combination of, among others, strong **democratic institutions and processes**, a highly **productive economy**, **social dialogue**, **solidarity**, **equal opportunities for all**, a high level of **social protection**, as well as **education** and **health care for all**.

In order to reach a better understanding of what the European Social Model is, it is only of very limited help to analyse social policies and social protection systems in the individual countries of Europe. This would only lead to a classification of welfare state systems and give more evidence of the differences than of what these countries have in common. Instead, we should look at what the European Union, the most ambitious European economic, political and social integration project, has to tell us on the subject.

Between **Treaty of Rome** and the **Lisbon Agenda**, the constant concern of the European Community for matters related to the social policy led to the creation of a „**European Social Model**”.

* Ph.D. candidate, Faculty of History, University of Bucharest (e-mail: oi_medc@amposdru.mmssf.ro).

The impact of the EU enlargement towards central and eastern Europe on the European Social Model

The historical experiences of the Member States of the European Union are of course extremely different, however, despite the intra-European differences, reference is often made to the existence of a European Social Model, different from the American or the Japanese model.

From the outset, social policy was not in the limelight of the architects of the European Community, as their main objective was to ensure economic integration of the member states. An interest in social policy arose in the 1970s. In 1972 Willy Brandt, the chancellor of the Federal Republic of Germany, suggested at the **Paris Summit** that social policy should be treated in EU on a par with economic policy and that the 'European Social Union' should be created. The idea of social integration has become a recurrent theme. The development of the EU social policy went through several momentous stages. In 1989 a very important act known as the **Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers** was adopted. It is not a legal document in a strict sense, but it symbolises the recognition of the fundamental social values by the European Community. Another milestone in the development of social policy was the **Maastricht Summit** which took place in 1992. The then adopted **Social Policy Agreement** created a legal framework for the European Social Model. It called for the strengthening of *economic and social cohesion* so as to promote *overall harmonious development* (Articles 2 and 130) in the European Union. The decisions reached during the **Amsterdam Summit** of 1997 led to a rapid development of the European social policy. The Amsterdam Treaty made reference to the **fundamental social rights**. The Treaty (new Articles 136 and 137) introduced major guidelines for the present European policy of combating social exclusion, unemployment and poor working conditions.

The **European Social Policy guidelines** are on the agenda of various UE social initiatives targeted at vulnerable groups, aiming at reducing the labour market exclusion and promoting employment. The EU concerns with poverty have been rising since the mid-1970s and have been closely related to the growth of poverty and social exclusion in the EU Member States. Since the 1970s the European Commission has introduced and funded a lot of social programmes more or less directly dealing with poverty¹.

The references to the European Social Model are more and more frequent. Thus, the **Lisbon Summit** from March 2000 has stimulated an important debate on "Modernizing the European Social Model", which was paradoxically dominated by the very liberal vision of the British Prime Minister, Tony Blair, who recommended the followings: "The European social model, with its developed systems of social protection, must underpin the transformation to the knowledge economy"².

Later on, the **Nice Summit** laid down the **Social Agenda**, which focused on this model, before drawing the following conclusion: The European social model, characterized in particular by systems that offer a high level of social protection, by the importance of the social dialogue and by services of general interest covering activities vital for social cohesion, is today based, beyond the diversity of the Member States' social systems, on a common core of values."³

¹ Jolanta Grotowska-Leder, *Poverty in EU after Enlargement*, The paper presented at the conference "A new All-European Development Model in an Enlarged EU. Social and Economic Aspects", Poznań, May 7-9, 2004, p. 4. http://www.epoc.uni-bremen.de/publications/pup2004/files/Poznan_Grotowska-Leder.PDF

² Daniel Vaughan-Whitehead, *L'Europe à 25. Un défi social*, La Documentation française, Paris, 2005, p. 9.

³ European Social Agenda, in „Nice European Council: conclusions of the presidency”, 7, 8 and 9 December 2000, annex 1, p. 4.

According to the definition adopted by the **Barcelona Summit** in March 2002, the European social model is based on a good economic performance, a high level of social protection and on education and social dialogue”.

‘The magic triangle’ – growth, stability, and equality – the basis of the European Social Model and the conceptual core of the Lisbon Strategy, is a specific formula which takes into account the social, economic, political and cultural contexts in different regions of Europe. Over time, four social sub-models have been both theoretically and empirically defined: Nordic, Anglo-Saxon, Continental and Mediterranean.

Presently, the Community Social Policy is elaborated much faster than before 1992, in relation to the “new European Social Model”, adapted to the new elements of the European Union economy marked by globalization, the emergence of the information society and by the single currency introduction. This social model is build upon an objective inspired by the **Scandinavian social democratic model** which aims at *using to the utmost the human potential and at involving the public authority, as well as the social partners in order to attain this objective*.

The very existence of the European Social Model has given rise to countless debates and controversies and was often raised for discussion, as a result of the very different national systems of the Member States; thus, the liberal approach taken in consideration by some people, according to the example of the United Kingdom, followed by other people, attached undoubtedly less importance to the social policies and in particular diminished the role of the State in developing and carrying through those policies.

A 'model' is a notion often developed in order to explain what one is *not*, rather than what one *is*. In the case of the European Social Model, many consider the notion – now anchored in EU summit conclusions from Barcelona - as a way of saying that EU work and welfare policy is not the same as, for example, US policy in these fields.

Others consider the notion of the European Social Model as a political counterweight to the EU fiscal rules limiting excessive government deficits, commonly known as the 'Stability Pact'. This interpretation is particularly pertinent in the light of secular ageing of EU populations. This trend is beginning to increase economic dependency ratios (the number of non-workers to be supported by each worker) and thus put a strain on government spending, including on social spending.

However, when pushed to explain **what the European Social Model is**, the same people find it difficult to define it precisely. The truth is that the notion of 'model' is a political term as much as a technical term⁴. The way we design and deliver employment policies is very different in each Member State. Even if the EU issues guidelines for policy and sets targets (such as '70% of all 15-64 year-olds to have a job by 2010'), jobs are not created in Brussels. The way we design and deliver welfare, health and pensions is also very different from country to country. Even if the Commission formally reports to Member States analysing their reforms (and all are reforming) in order to encourage use of best practice. Pensions are not provided by *fiat* from Brussels. But, even if it escapes precise definition, the notion of 'model' is significant because it is 'anticipatory' or 'aspirational'. In other words, like the expressions 'European Union' or 'Common Foreign and Security Policy', the word 'model' hints at a progressive real convergence of views among Member States on the broad objectives they seek to achieve in employment and social policy.

These objectives were spelt out in very specific terms in the conclusions to the Lisbon summit of March 2000 and include full employment, growth to rival that of the United States and a system that allows no one to fall through the net by 2010.

⁴ Anna Diamantopoulou, *The European Social Model – myth or reality?*, Bournemouth, UK, 29 September 2003, http://www.easesport.org/ease/fichiers/File/social-dialogue/ad290903_en.pdf

Comparative data concerning the social chapter in EU and USA	EU -15	USA
Employment rate (25-54)	64	74
Growth rate of the productivity of labour (1995-2000)	1.4	2.0
Ageing rate of the population	35	25
Social security contribution (% in GDP, 2001)	27.5	14.2

Since Lisbon, we have also seen much convergence on the means to achieve the stated objectives. For example, Member States are now acting to reform the way pension systems work, in order to put a stop to fiscal incentives for workers to leave the labour market early.

Having regard to the objectives agreed upon at Lisbon, Romano Prodi admitted that “the major challenge of the tomorrow’s Europe is finding a solution to the problems concerning the need for compatible social security and industrial relations systems of the Member States, meeting at the same time the obligations that the international competitiveness impose to Europe” (Prodi, 2000). Therefore, the main challenge of the EU is to find solutions concerning the European social policies, in the context of the strong economic competition inside and outside Europe.

European Social Model may be seen as a successful concept firstly due to its flexibility. The same recipe cannot be applied in Spain and Sweden, in the UK and Greece, in Germany and Romania or Hungary. The principles are similar, but the public policies are different. Whilst geographic proximity led to an apparent extension of the four recognised sub-models towards the neighbouring newcomer countries in central and south-eastern Europe, this article argues that these former communist countries have actually more socio-economical features in common, and that we can in fact speak about a fifth Social European Model.

Despite the different views of the Member States, there is an unanimous opinion as regards the common fields where the Community social policy exists and is developed during the European integration, forming what we could call a “European Social Model”. In brief, there are several EU practices and common values that distinguish significantly EU from US or Japan. Also, this model is consolidated and developed in time, modifying at the same time its contents and its operating mode.

The European Social Model could be defined as a **set of legislative rules and practices** in EU and its Member States aiming at promoting a complete and proactive social policy within EU. Not only the Community policy covers a larger range of social fields, but also the national social policies developed by the Member States have, despite their diversity, many common elements⁵.

⁵ Daniel Vaughan-Whitehead, *op. cit.*, p. 10.

Thus, certain **minimal rights** were implemented gradually in many new fields, with a different scope of application: workers mobility, fight against the distortion of competition, promoting equal opportunities or rapid improvement of the conditions concerning health and safety at work.

Also, a **social protection for all**, intended for the majority, is part of the European Social Model. **The fight against poverty and social exclusion** is a constant issue in the EU policy at Community level as well as at Member States level. These social justice principles are in fact entered in the European charters and in many documents of the European Commission. Only the salaries are not yet under the Union's competences but under the exclusive responsibility of the Member States. The majority of the Member States establishes a minimum wage and adopts other measures in order to guarantee decent living conditions, element of the European model recognized by the employers themselves.⁶

Promoting social dialogue as instrument of governance, at Community level, as well as at national or local level, is another prevailing characteristic of the EU, which is, within the enterprises, completed by different forms of **employees direct participation**: ranging from co-determination (employees' representation in management) or cooperative to share-ownership or participation in profits, procedures of employees information and consultation, such forms being often brought together under the term "economic democracy". However such participation forms have benefited lately from new Community legal instruments (e.g. the recent directive of 11 March 2002 on informing and consulting employees within enterprises with more than fifty employees or the directive of 27 September 1994 on the European works council). The involvement of all the actors concerned and the support of the trade unions, of the employers and of all the EU citizens seem to deeply root these practices of social dialogue and sustainable participation within EU. The **civil society** has also become a major element of the governance process, thanks to the role played by the NGOs concerning many themes, so that the new concept of "European civil society" appeared and developed within the EU democratic life.

Finally we must take into consideration the importance given to the **public services and to the services of general interest**, entered in the Article 16 of the Treaty and often reminded on the occasion of different EU summits (in particular the Nice summit from December 2000). The new Constitution of the European Union makes an important contribution to this integration, recognizing a legal basis to the services of general interest. It is essential to underline that when the majority of all these services (e.g. electricity, water, energy) are privatized almost everywhere in Europe and in the world, guaranteeing that at any rate these services, even after their privatization, are under everybody responsibility and are of general interest for everybody is a major achievement that certifies the European Social Model.

For many economic agents and social partners, the European Social Model consists also in sharing some **common values and principles** concerning social issues and in recognizing its importance in the framework of the European integration. It relies upon the conviction, strongly embraced by Jacques Delors at the beginning of the 80s, that the social dimension is of a major importance for the social and economic cohesion and, therefore, for the political stability and economic performances. Briefly, it supposes a society that associates the economic

⁶ For instance, for Emmanuel Julien, deputy director for European and international social matters of MEDEF (Movement of French Enterprises) (who represented also on this occasion the European employers members of UNICE – Union of Industrial and Employers Confederations of Europe), a key feature of the European Social Model or of what he calls an „European social identity” is the existence of a minimum wage, leaving aside its different form within Member States. Speech delivered at the conference organised in Aix-en-Provence, on 10 and 11 September 2001, „Which European Social Model?”.

competitiveness to the concept of social progress, being both considered as interconnected and as mutually reinforcing.

It is important to underline that these common values and practices are not only due to the Community instruments and policies, but also to the Member States individual initiatives. The EU integration and the Member States will to develop common rules, such as the establishment of economic and social coordination, cooperation and interdependence, helped significantly the Member States to keep their engagements concerning the social policy and prevented any attempt of individual conduct, such as social dumping⁷. The contents of these common values are formally stated, for instance in the Charter of Fundamental Rights in 2000, which is laid down in the Constitution.

Beyond the common values, the European Social Model is characterized above all by its **comprehensive nature**, since its objective is to cover all the important social fields and to apply to as many persons as possible. Thus the **social legislation** extended to new fields, such as **equal opportunities** or to new categories of workers, in particular those with an atypical employment contract or those who are excluded from the labor market, especially by implementing a Community policy against social exclusion. The Community legislation has been extended also to **transnational issues**, as in the case of the above mentioned directive on the European works council.

The five instruments of the European Social Policy

1. **Legislation:** it allows extending the more constraining conditions in the social field. It consists in Community directives and regulations that should be transposed in the Member States.
2. **Structural funds:** elements of social solidarity and redistribution among EU nations and regions. They exist since the beginning of the Community integration.
3. **Open method of coordination:** very useful complementary coordination instrument in order to cover new fields. Adopted in 1998, at the Luxembourg Summit, with a view to elaborating an employment strategy that covers since then fields such as social inclusion, pensions and social protection.
4. **Social charters:** by means of these charters, certain social rights were included within the institutions or in the Constitution. After the European Convention on the Protection of Human Rights (1951), the European Council Social Charter (1961, revised in 1996) and the Charter of the Social Rights (1989), due to the new Charter of the Fundamental Social Rights (2000), integrated in the draft constitution for the EU, we could place on the same footing the social rights and the human rights.
5. **European Social Dialogue:** it represents an autonomous and bipartisan process between the union trades and the employers' organizations. Initiated in 1980, it acquired new initiative competences by means of the social protocol annexed to the Amsterdam Treaty.

⁷ The social dumping could be defined as the breach of the social rules (e.g. a collective labour agreement) by an entrepreneur with a view to taking a competitiveness-price advantage in comparison with its competitors.

One of the key features of the model is its organization on **different governance levels: national, sectoral, local**, as well as at **Community level**. While developing new instruments, the EU always fulfilled the **principle of subsidiarity**, so that the efficiency of the European Social Model wasn't due only to the elaboration and the compliance with some common values and rules, but also to the rich tapestry of cultures. Escaping to the dissociation between a **centralized regulation model** and a **neo-liberal regulation model**, the Social European Model is a sort of **synthesis between the two models** that enables it to continue the guidelines and to maintain a strong action framework, leaving a significant autonomy to the economic agents and to the social partners. Thus, an overall social cohesion could be guaranteed. At the same time, a rapid adaptability to the more and more complex industrial and economic changes is encouraged.

Nevertheless, despite the progress towards a Social Europe achieved at Community level in many Member States, the importance of the **social issues** hasn't been widely recognized. Many Member States have indeed constantly tried to bring forward the social achievements that seem very expensive for the enterprises and that generate, in particular, many constraints on the labor market.

The **EU enlargement process** towards Central and Eastern Europe that brought ten new Member States in May 2004 is undoubtedly different from other enlargements. Firstly, because it was carried out on an unprecedented scale: it has led to a 28% growth of the EU population and has reached, by its 454 million people, the symbolic threshold of 500 millions⁸.

For the first time EU brought in ten new countries through only one enlargement. Besides the EU founding members, there was no enlargement to more than three countries as it happened in 1973 (Denmark, Ireland and United Kingdom of Great Britain integration) and in 1995 (Austria, Finland and Sweden integration).

Eight new Member States are from Central and Eastern Europe and belong to the ex-communist block. Therefore, this enlargement has a strong symbolic value as it turned an important page on the history of Europe and of its "iron curtain". Finally, the integration of two new Mediterranean countries (Cyprus and Malta) contributes to a geographic averaging not only towards the East, but also towards the South (after the last enlargement from 1995 towards Nordic countries) and represents another step towards Turkey's possible accession.

There is a **social and economic gulf** between the new Member States and EU-15, so that, according to the most optimistic scenarios, more than 15 or 20 years are necessary in order to bridge this gulf, even if the new Member States have a significant growth of 4% on average by year, as compared to 2.5% for EU-15. The GDP per capita has fallen by 12.5% (see table 2) following the enlargement from 15 to 25 Member States. The 2004 enlargement was unprecedented with regards to the number of new countries entering the EU as well as the large gap in the standard of living between the EU-15 and the new Member States. The average income per head of the ten New Member States was well less than half of the average income level in the EU-15. Also the employment rate, still low with 64.3% in 2002 for the EU-15 was reduced to 63% for the EU-25; as the ten new Member States reached an employment rate of 62.4%, taking the enlarged EU even further from its 70% employment target. Therefore also the enlargement itself, which increased diversity in the EU, inspired a rethink of the Lisbon strategy and its policy orientations, to ensure that the goals meet the ambitions of all Member States.

Poverty and inequalities, as well as regional differences, have increased automatically and significantly as a result of the ten new Member States accession. 92% of these countries population (69 millions of the 74.5 millions of new EU citizens) lives in regions where the GDP per capita amounts to less than 75% of the EU 25 average (two thirds of the population live under

⁸ Daniel Vaughan-Whitehead, *op. cit.*, p. 26.

half of this average). By comparison, only 15% of the EU 15 population had a GDP under 75% of the Community average (of the EU 15). As a result of the accession, the number of citizens living in these less-favoured areas has increased, therefore, from 73 millions to 123 millions, according to the European Commission, *Third report on economic and social cohesion*, 2004.

The social protection systems and the legislation concerning the employment relationship within Europe are relevant examples of policies belonging to the European Social Model. We should specify that the major intervention of the (superstate – supernational) European bodies is limited to the relationship on the labour market whilst the so-called basis of the welfare status, the education and the health programmes are still influenced directly by national governments. We should also remind that some sporadic attempts were initiated at Community level and in the social exclusion field, but they show a lack of consistency and uniformity, the main reason being the fact that every Member State had a rather hostile position.

The strong competition within Europe following the removal of the internal borders, the free movement of goods, services and persons generates a great pressure over the national protection systems in order to reduce the social expenditure.

The “solution” found by the European bodies in order to eliminate unfair competition was the **harmonization of the national social systems**, in particular with respect to labour law. Certainly, after the accession of the ten countries, the Eastern countries fiscal competition generated pressure concerning the tax rate reduction in EU-15. Such competition could be considered as unfair and is therefore possible to deal with **two scenarios**⁹. The first scenario regards the fiscal harmonization at direct taxes level, so that we could avoid the entrepreneurs’ mobility from one region to another and, implicitly, the employment issues in fiscally unattractive States. The second scenario consists in the adoption of tax cut policies by the old Member States. Thus, the aggregated offer gives an impulse to the economic growth. However, it seems that the first scenario is more convenient for the European structures. In the *Social Charter*, decisions have been laid down concerning the rights of workers less than 18 years old, equal rights for workers from another State compared to workers which are citizens of the State where they work, the right to integrate the family of the workers that work in another State etc. The titles given to some documents or institutions are sound arguments in this regard. For instance, the original title of the *Charter of the Fundamental Rights of Workers* was the *Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers* (unaccepted by the States signatory to the charter) and the title of the 13th Chapter of the EU integration was *Social and Employment Policy*.

The gaps between the “Old Europe”¹⁰ and the “New Europe” could therefore play an important role and create a lot of concern as regards unfair competition coming from the new Member States. This concern is often expressed by the concept of „**social dumping**”, even if it is used most of the time to describe very different situations and has generated many confusions and populist speeches.

The social dumping¹¹ is a compulsory theme within the framework of this paper: the social Europe future in an enlarged Europe. This is without doubt the reason why this concept generates

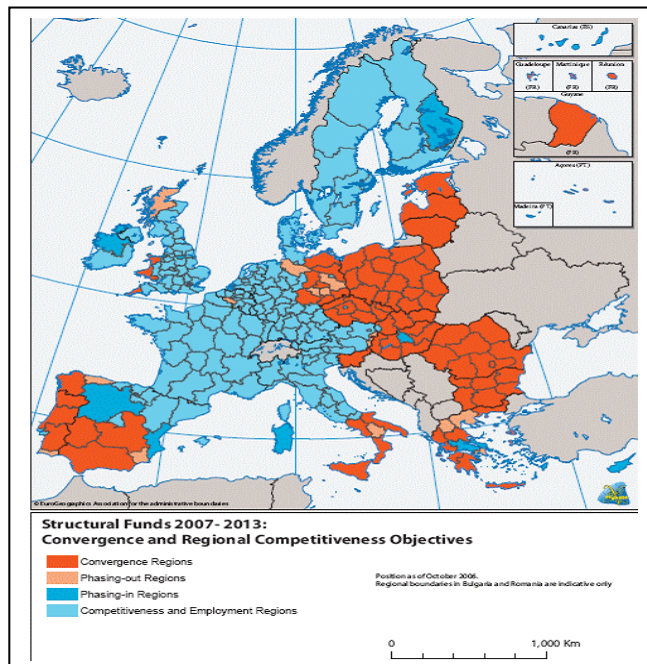
⁹ Liviu-Cătălin Moraru, Gabriel Staicu, *Modelul social european între descriptiv și contrafactuală*, „Economie teoretică și aplicată”, nr. 3/2006 (498), p. 100, <http://www.ectap.ro/articole/61.pdf>

¹⁰ *Old Europe* is a term that was popularized in January 2003 after then – U.S. Secretary of Defense Donald Rumsfeld used it to refer to European countries that did not support the 2003 invasion of Iraq, specifically France and Germany.

¹¹ However, the concept belongs to economic sciences (in particular as regards trade) and defines the practices consisting in export sales of products or services below (national) market price. This definition was taken over by WTO and by the Community bodies, in particular by the European Council, in order to establish anti-dumping rights. In certain economy manuals, the definition was extended and included also the practices consisting in selling the products below the production costs. No matter what their benchmark might be, the purpose of these policies is,

difficulties for many actors in this field (the European Commission included) and it gives an explanation for the reason why, besides the lack of a definition, we didn't carry out many studies in this regard.

As compared to the challenges of the poverty and social protection issues in Central and Eastern Europe, the difficulties arising from reforms such as Hartz IV in Germany seem rich people issues. The real poverty has become nowadays a major issue in Europe and it is no longer a marginal event in a growing community promising wealth for everybody. The benefits from the common agricultural policy and the transfer of the European social and regional policy didn't bring any fundamental change.



The reactions in the Central European countries are various. On the one side, they all suffer from the disastrous legacy of the welfare State, in its communist version, which is a financial and, in particular, a **psychological legacy**. The major entrepreneurial dynamics that inspire the energetic side of the post-communist societies doesn't regard old, vulnerable and unqualified persons. On the other side, these countries, influenced by international bodies such as the World Bank or the International Monetary Fund, have carried out reductions and modifications of the social protection systems that no Western government would try to initiate. These measures lighten up public budget but they heighten poverty issues. In some countries such as Estonia or Slovakia some liberal-orientated governments lay down drastic reforms of their social and fiscal policy. They rely upon the market growth power and upon the comparative advantages in order to attract investments competing with other more "social" European countries. Slovakia's example

however, always the same: to gain market shares and/or to acquire a dominant position. This policy should be followed until the position considered is consolidated enough or until it could no longer be supported by the enterprise as regards the rate of return.

seems to confirm this assumption. The EU hasn't yet found a method to block off adequately the social dumping.

Within this framework, it's not surprising that the European citizens have the feeling that there is something hidden and that **three major concerns** have developed in their mind: above all, **the fear that many enterprises will relocate from West to East**, motivated by lower expenditures on wages and by less favourable working conditions; then there was the **fear of an immigration wave invasion** from the new Member States¹², from the **East to the West** this time, due to better working conditions and social protection; finally, the fear of **more market shares and the ruin of Western enterprises** by the new Member States, which benefit from these differences. These concerns are undoubtedly exaggerated, but these risks cannot be ignored, so that some precautionary measures should be laid down.

Much of the resentment that has been building up in the old EU is fuelled by false perceptions about cheap **Polish plumbers and Latvian builders** 'stealing' West European jobs by undercutting local wages and disregarding social standards. Workers in slow-growing Germany and Italy may be jealous of the new Members' apparent economic success. Many think that this success has been achieved by luring investment and jobs eastwards with the help of 'unfair' tax competition and 'social dumping'. Some West Europeans worry that enlargement has forced the EU into a 'race to the bottom' in wages, taxes and social standards. The East Europeans, it is said, are "unfamiliar with the solidarity of the European social model". Most people in Germany, France and Italy would place the new Members firmly in the 'Anglo-Saxon' camp of liberal capitalist economies – an impression that has been reinforced by Eastern Europe's close political ties with the UK and the US.

Even in those countries where all restrictions were dropped, the number of job-seekers from Eastern Europe has remained limited. In Sweden, only 22,000 people from the new Members have applied for residency permits between May and December 2004, a rise in the workforce of only 0.07 per cent. Ireland registered an increase of 85,000 in the 12 months following enlargement – the largest relative to its domestic workforce. And Ireland continues to actively recruit East Europeans to alleviate local skill shortages¹³. The UK reported in November 2005 that 290,000 people from the new Member States had registered for work after May 2004. Since around 40 per cent had already been in the country before EU accession, this suggests worker immigration of around 10,000 people a month – hardly an uncontrollable flood in a country of 60 million. Although the absence of restrictions has turned the UK, Ireland and Sweden into popular destinations, many East Europeans still prefer to join the much larger immigrant communities in Germany and Austria. The Polish foreign ministry reports that after accession around 30 per cent of emigrant Poles went to the UK and Ireland in 2004, while around the same share moved to Germany despite continued restrictions (comparable figures for the other new Members are not available). Many of those going to Germany are thought to be working in the burgeoning black economy. Others have set up small businesses under EU rules for the 'freedom of establishment' which, unlike those for the free movement of labour, are not subject to transition periods.

¹² The Italian government has tightened its immigration policies in the wake of some serious crimes committed by immigrants, including a Romanian who allegedly beat to death the wife of an Italian naval commander on the outskirts of Rome. The Italian government has made it easier for local authorities to expel EU citizens considered dangerous. But some observers say the move was mainly targeted at the 560,000 Romanians living in Italy. It has also required an obligatory minimal income for the EU citizens living in Italy and tightened restrictions for the reunification of immigrants' families.

¹³ *Julianna Traser, Who's afraid of EU enlargement? Report on the movement of workers in EU-25*, European Citizen Action Service, September 2005.

A number of East Europeans work in the old EU on the basis of temporary contracts, hired out by service companies from their home countries (under the EU's 'posted workers directive'). The number of East Europeans working on such contracts is small, but they have caused a disproportionate amount of political upheaval in France, Germany, Sweden and elsewhere. The alleged job competition from cheap Polish plumbers fuelled anti-EU sentiment during France's referendum on the EU constitution.

The example of the Polish plumber¹⁴ has become the device of the objectors to the Bolkestein directive who transformed this issue in one of the controversial subjects of the campaign for the referendum concerning the Constitution of the EU. Published with the title "*Directive on services in the internal market*", the Bolkestein directive, presented in March 2005, aimed at allowing the European enterprises to apply the regulations of the country of origin rather than the regulations of the countries where they are established. Thus, an enterprise with the registered office in Poland could have chosen to apply the Polish social rules on building sites in France or in another EU-25 country.

Within this framework, Philippe de Villiers declared that: «This matter is very serious, as, due to the Bolkestein directive, a Polish plumber or an Estonian architect could offer their services in France, with the salary and the social protection rules of their country of origin. 1 billion jobs over 11 billion occupied persons in the field of services are threatened by this directive. There is a dismantling of our social and economic model.»¹⁵

Fears of the mythical 'Polish plumber' have also fuelled opposition to the Commission's proposal for a further opening of EU services markets through its 'services directive'. The services directive would make it easier for Polish architects or Slovenian consultants to work across the EU because all Member States would have to accept qualifications gained in their home country. But it would not allow East Europeans to generally undercut West European wages. Local minimum wages and sectoral wage rules would continue to apply for all workers, irrespective of their origin. The reason why German abattoir workers lost their jobs to cheaper competitors is that, unlike the UK, Germany does not have a country-wide minimum wage, and there was no sectoral minimum wage for slaughter houses.

Nevertheless, most workers in the old EU countries are not looking forward to the day when restrictions on the free movement of labour are lifted. Migration flows are notoriously difficult to predict but many researchers think that between 100,000 and 400,000 East Europeans will head West every year once they gain the right to apply for jobs in the old EU. Assuming that most of those who want to move will do so within a decade or so, they predict that maybe 2-3 million people from the new Member States will be living in the old EU by say, 2020. That sounds a lot, but it only amounts to 0.5-0.8 per cent of the EU's current population. In the medium to long term, however, the new Members will not be a source of large-scale labour migration. In most Central and East European countries the demographic trends are even more worrying than in Western Europe. While life expectancy is rising, birth rates tend to be extremely low, so societies are ageing even faster than those in the old EU. The UN predicts that the populations of Latvia and Lithuania will shrink by one-third by 2050, while the number of Hungarians and Czechs will fall by more than one fifth. So the new Members will themselves have to admit larger number of

¹⁴The *Polish plumber* (*Polski hydraulik*) is an expression popularized in France in spring 2005 on the occasion of the debate concerning the Constitutional Treaty draft, with reference to the very unpopular draft directive submitted by the ex-commissioner Frits Bolkestein. The expression was ironically used by Philippe Val in Charlie Hebdo of December 2004. Philippe de Villiers has given the important media coverage to the concept. Frits Bolkestein uses this expression in the newspaper *Libération* of April 2005, saying that the reason why he proposed the draft directive was the difficulty he had in finding a plumber for his house in Ramousies in the Northern France.

¹⁵ Villiers, "*La grande triche du oui*", Interview by Philippe de Villiers, Le Figaro, 15 March 2003.

immigrants to help sustain economic growth and patch up national pension systems. But many of these countries are not used to dealing with large numbers of foreign workers. Hungary is currently host to only 50,000-80,000 foreign workers, mostly from neighbouring Romania. But the country may need as many as two million immigrants over the next five years to make up for the fall in its indigenous labour force.

The enlargement brings EU at a crossroads (see Table 1). Taking into consideration the gaps existing in an European Union with 27 Member States (see Table 2), the social Europe plays a very important role. The negotiations with the EU would have led to a rebalancing of the process. To join the EU, a new Member State must meet the three Copenhagen criteria: stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities; existence of a functioning market economy and the capacity to cope with competitive pressure and market forces within the Union; acceptance of the Community *acquis*: ability to take on the obligations of membership, including adherence to the aims of political, economic and monetary union.

The perspective of joining EU contributed above all to a better assimilation of the democratic values by these countries, the youngest new republics included. At economic level, even if these countries lag behind the old Member States, they all undergone the process of transition to a market-oriented economy and have met the “economic” criteria of Copenhagen. Finally, as a consequence of the accession negotiations, EU required these countries to transpose the *acquis communautaire*, including in the social field, very constraining as regards health and safety at work. Thus, in just a few years, the candidate countries have implemented the necessary legislation in order to take its place into the European set.

West European concerns about enlargement – from labour migration to low-cost competition – are mostly related to the big income gap that persists between the old and the new Members. In principle, therefore, the old Member States should support the newcomers’ wish to catch up with EU-15 income levels. So far, **catch-up** has been rather slow, despite rapid productivity growth, because too many people from Estonia to Slovenia are not productively employed. To speed up income convergence, Eastern Europe needs to sort out its labour markets¹⁶.

Even if it is still difficult to assess the performance of east-central European countries in the context of their adjustment to the European Social Model, the **need for modernisation within the framework of the European Social Model** is now widely recognized¹⁷. Areas where responses and solutions are urgently needed are: reforms of the various social security systems including updated concepts of sustainability without losing solidarity; new orientation in employment policies including adaptation of work related regulations; new responses to demographic changes and enabling family and youth policies; courageous designs in immigration and integration policies; forward looking strategies for education, cultural identity and active citizenship.

¹⁶ The European Social Fund is the European Union's main financial instrument for investing in people. It is devoted to promoting jobs and helps Member States make Europe's workforce and companies better equipped to face new, global challenges. In short: Funding is spread across the Member States and regions, in particular those where economic development is less advanced.

It is a key element of the EU's strategy for Growth and Jobs targeted at improving the lives of EU citizens by giving them better skills and better job prospects. Over the period 2007-2013 EUR 76 billion is being distributed to the EU Member States and regions to achieve its goals. This represents around 10% of the total budget of the European Union. The European Employment Strategy (EES) brings together the 27 Member States to work at increasing Europe's capacity to create more good jobs and to provide people with the skills to fill them. It guides the ESF which spends European money on achieving these goals.

¹⁷ Dirk Jarré, Walter Schmid, *The future of the European Social Model. Considerations and challenges*, ICSW Strategy paper, p.10, http://www.stkl.fi/icsw_strategypaper.pdf.

APPENDIX

Table 1. Employment rate on categories in EU Member States, Romania and Bulgaria in 2003 (in %)

Country	Employees- total	Men	Women	Young employees (15-24 years)	Age of employees (55-64 years)
Germany	65,0	70,9	59,0	44,5	39,5
Austria	69,2	75,8	62,8	51,0	30,4
Belgium	59,6	67,3	51,8	27,4	28,1
Denmark	75,1	79,6	70,5	59,6	60,2
Spain	59,7	73,2	46,0	33,4	40,8
Finland	67,7	69,7	65,7	39,7	49,6
France	63,2	69,4	57,3	30,5	36,8
Greece	57,8	72,4	43,8	25,4	42,1
Ireland	65,4	75,0	55,8	48,0	49,0
Italy	56,1	69,6	42,7	25,2	30,3
Luxembourg	62,7	73,3	52,0	26,4	30,0
Netherlands	73,5	80,9	65,8	67,9	44,8
Portugal	67,2	74,1	60,6	38,7	51,1
United Kingdom	71,8	78,1	65,3	55,5	55,5
Sweden	72,9	74,2	71,5	41,2	68,6
UE 15	64,4	72,6	56,0	39,9	41,7
Cyprus	69,2	78,8	60,4	37,6	50,4
Estonia	62,9	67,2	59,0	29,3	52,3
Hungary	57,0	63,5	50,9	26,8	28,9
Latvia	61,8	66,1	57,9	31,5	44,1
Lithuania	61,1	64,0	58,4	22,5	44,7
Malta	54,2	74,5	33,6	47,2	32,5
Poland	51,2	56,5	46,0	21,2	26,9
Czech Rep.	64,7	73,1	56,3	30,0	42,3
Slovakia	57,7	63,3	52,2	27,4	24,6
Slovenia	62,6	67,4	57,6	29,1	23,5
NEM 10	55,8	61,6	50,2	24,3	31,7
UE 25	60,9	68,2	53,7	33,7	37,7
Bulgaria	52,5	56,0	49,0	20,7	30,0
Romania	57,6	63,8	51,5	26,4	38,1
UE Objectives -for 2005 -for 2010	67,0 70,0	- -	57,0 + over 60,0	- -	- 50,0

Table 2. EU 27: Statistics 2007

	Country	€	Population *	c	GDP PPP*	c	GDP/h PPP *	c	Date
1	Germany	€	82	1	2 632	1	31 900	9	1957
2	Austria	€	8	15	284	10	34 700	4	1995
3	Belgium	€	10	11	343	8	33 000	6	1957
4	Bulgaria		7	16	79	20	10 700	26	2007
5	Cyprus	€**	1	25	18	26	23 000	17	2004
6	Denmark		6	17	202	15	37 100	3	1973
7	Spain	€	40	5	1 109	5	27 400	14	1986
8	Estonia		1	24	27	25	20 300	19	2004
9	Finland	€	5	19	175	17	33 500	5	1995
10	France	€	61	2	1 902	3	31 200	12	1957
11	Greece	€	11	9	257	11	24 000	15	1981
12	Hungary		10	13	175	18	17 500	22	2004
13	Ireland	€	4	20	181	16	44 500	2	1973
14	Italy	€	58	4	1 756	4	30 200	13	1957
15	Latvia		2	22	37	23	16 000	23	2004
16	Lithuania		4	21	55	21	15 300	24	2004
17	Luxembourg	€	1	26	34	24	71 400	1	1957
18	Malta	€**	0	27	9	27	31 300	11	2004
19	Netherlands	€	17	8	530	7	32 100	8	1957
20	Poland		39	6	555	6	14 400	25	2004
21	Portugal	€	11	10	210	13	19 800	20	1986
22	Romania		22	7	202	14	9 100	27	2007
23	United Kingdom		61	3	1 928	2	31 800	10	1973
24	Slovakia		5	18	99	19	18 200	21	2004
25	Slovenia	€	2	23	47	22	23 400	16	2004
26	Sweden		9	14	290	9	32 200	7	1995

	Country	€	Population *	c	GDP PPP*	c	GDP/h PPP *	c	Date
27	Czech Republic		10	12	226	12	22 000	18	2004
	EU- 27		488		13 359		27 403		
	Eurozone to 15 Member States		318		9 728		30 564		

References

1. Adnett, Nick, *Modernizing the European Social Model: Developing the Guidelines*, in "JCMS" Volume 39, No 2 (June 2001), pp. 353-364
2. Atkinson, Anthony B., Marlier, Eric and Nolan, Brian, *Indicators and Targets for Social Inclusion in the European Union*, in "JCMS" Volume 42, No 1 (2004), pp. 47-75
3. Bailly, Olivier, *La relance de la stratégie de Lisbonne ou la quête d'un partenariat politique*, in « Revue du Marché commun et de l'Union européenne », No. 489 (juin 2005), pp. 357-361
4. Barnard, Catherine, *The social Partners and the Governance Agenda*, in "European Law Journal", Volume 8, No 1 (March 2002), pp. 80-101
5. Casy, Bernard H. and Hold, Michael, *Peer review of labour market programmes in the European Union: what can countries really learn from one another?*, in "Journal of European Public Policy", Volume 12, No 1 (February 2005), pp. 23-43
6. Delaporte, C. Pochet, P., *Building Social Europe Through the Open Method of Coordination*, Brussels, Peter Lang, 2002
7. Diamantopoulou, Anna, *The European Social Model – myth or reality?*, Bournemouth, UK, 29 September 2003, http://www.easesport.org/ease/fichiers/File/social-dialogue/ad290903_en.pdf
8. Eberlein, Burkard and Kerwer, Dieter, *New Governance in the European Union: A Theoretical Perspective*, in "JCMS" Volume 42, No 1 (2004), pp. 121-142
9. Fouarge, Didier, *Costs of Non-Social Policy: Towards an Economic Framework of quality social policies – and the costs of not having them*, Report for the European Commission, 2003
10. Goodin, Robert E., Headey, Bruce, Muffels, Ruud, Dirven, Henk-Jan, *The real worlds of welfare capitalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999
11. Grotowska-Leder, Jolanta, *Poverty in EU after Enlargement*, the paper presented at the conference "A new All-European Development Model in an Enlarged EU. Social and Economic Aspects", Poznań, May 7-9, 2004, p. 4. http://www.epoc.uni-bremen.de/publications/pup2004/files/Poznan_Grotowska-Leder.PDF
12. Hermans, Stefaan, *The Social Agenda of the European Union and the Modernisation of the European Social Model* in "Collegium – Towards a modernisation of the European Social Model", College of Europe, No. 33, Winter 2005
13. Jacobsson, Kerstin, *Soft Regulation and the Subtle Transformation of States: The Case of EU Employment Policy*, in "Journal of European Social Policy", Volume 14, No. 4 (2004), pp. 355-370
14. Jarré, Dirk, Schmid, Walter, *The future of the European Social Model. Considerations and challenges*, in "ICSW Strategy paper", p.10, http://www.stkl.fi/icsw_strategypaper.pdf
15. Jepsen, Maria and Pascual, Amparo Serrano, *The European Social Model: an exercise in deconstruction*, in "Journal of European Social Policy", Volume 15, No. 3 (2005), pp. 231-245
16. Mabbett, Deborah, *The Development of Rights-based Social Policy in the European Union: the example of Disability Rights*, in "JCMS", Volume 43, No. 1 (2005), pp. 97-120
17. Neal, Alan C. (Ed), *The Changing Face of European Labour Law and Social Policy*, The Hague, Kluwer Law International, 2004
18. Quintin, O. and Favarel, B., *L'Europe sociale : enjeux et réalités*, Paris, La documentation française, 1999
19. Radaelli, C. M., *Wither Europeanization? Concept Stretching and Substantive Change*, paper presented at the Political Studies Association Annual Conference, London, 10-13 April 2000
20. Rodrigues, Maria J. (Ed.), *The New Knowledge Economy in Europe: A Strategy for International Competitiveness and social cohesion*, Cheltenham: Edward Elgar, 2002
21. Scharpf, Fritz W., *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in "MPIfG Working Paper", 02/8, July 2002
22. Traser, Julianna, *Who's afraid of EU enlargement? Report on the movement of workers in EU-25*, European Citizen Action Service, September 2005.
23. Trubek, David M. and Trubek, Louise G., *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination*, in "European Law Journal", Vol. 11, No. 3 (May 2005), pp. 343-364

24. Weiss, Manfred, *Enlargement and Industrial Relations: Building a New Social Partnership*, in “The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations”, Volume 20/1 (Spring 2004), pp. 5-26
25. Vaughan-Whitehead, Daniel, *L’Europe à 25. Un défi social*, La Documentation française, Paris, 2005.
26. Wendon, Bryan, *The Commission as image-venue entrepreneur in EU social policy*, in « Journal of European Public Policy », Volume 5, No. 2 (June 1998), pp. 339-353
27. *European Social Agenda*, in « Nice European Council: conclusions of the presidency”, 7, 8 and 9 December 2000, annex 1, p. 4
28. European Commission, *Third Report on Economic and Social Cohesion*, 2004
29. European Commission, *Civil dialogue and social policy in an enlarged European Union: Budapest 23-24 June 2003*, 2004
30. European Commission, *The economic costs of non-Lisbon: A survey of the literature on the economic impact of Lisbon-type Reforms* (March 2005)
31. European Commission, *Report of the High-Level Group on the future of social policy in an enlarged European Union*, 2004
32. European Policy Centre, *Lisbon revisited – Finding a new path to European growth*, EPC Working paper 08, 2004
33. *Facing the challenge. The Lisbon strategy for growth and employment*, Report from the High Level Group chaired by Wim Kok, 2004

CIVIC SOCIALIZATION OF THE YOUTH IN THE POST-COMUNIST SOCIETIES

Elena NEDELUCU*

Abstract

*Sociological studies demonstrated that the level of civic culture leaves its mark on achievements of the democratic institutions and on the level of national and European inclusion. **The purpose** of this paper is to x-ray the co-ordinates of Romanian political culture by using comparative and three-dimensional analysis . It is named comparative because it aspires to reveal the fundamental elements which make it similar with and at the same time different from the European culture model. It is, also, three-dimensional because it aims at disclosing cognitive, attitudinal and participative characteristics of Romanian political culture. We notice that the research' results regarding the political culture pattern can orientate the directions and the intensity of the civic socialization process. **The general conclusion** of this research is the main characteristics of the political culture in Romanian society nowadays are a low level of political communication, low values of the subjective civic competence and of the attachment of the political system , the insufficiency of the cooperation, solidarity, civic organisational participation. These are the typical co-ordinates for the dominance of the "dependent" political culture model in which the feedback from bottom to top (from electors to governors) is insufficient and inconsequent. It is a political culture of passivity and indifference which expresses and maintains a fragile democracy. Under these circumstances, the political socialization agents-school also-are faced with a new provocation: finding the most efficient strategies for a multidimensional development of democratic citizenship. In Romanian society, teaching civic culture in primary, secondary and high school-along with other educational strategies, tries to answer such provocation. Unfortunately, in universities there is no discipline meant to support such an objective. This is why I consider it necessary to introduce a new discipline in universities : Civic sociology...*

Keywords: political culture, youth, political/ civic socialization

Introduction. Models of political culture-comparative analysis

Nowadays, civic culture and participatory political culture play a major role both in the life of the national societies as well as in the European and international societies. We notice that "democracy is consolidated in the societies which develop their own social-inclusive capacities. The degree of social inclusion does not depend only on the existence of democratic institutions but also on the predominance of a participatory political culture, and that is a civic culture. The aspiration and the integrative tendency of civic culture manifest not only at national level, but also at international level. Today, the increase in number and diversity of the actors on the scene of the world demands with more acuity the development of a political culture capable to give meaning and to support the process of conciliation, harmonization and international community solidarity."²

* Associate Professor, Ph.D., Social and Administrative Sciences Faculty, "Nicolae Titulescu" University (e-mail: doina.nedelcu@yahoo.com).

² Nedelcu E., *The Aspirations and the Inclusive Social Tendencies of Civic Culture in the Era of Globalization. A New Paradigm: "Civic Sociology"* – Epistemological and Social Premises, INTED2009, Valencia.

To what extent can we talk today about such a political culture? Did most young Europeans get hold of their role as subjects of the political life? Beyond all these common, repetitive, ubiquitous aspects, the present European political culture has a heterogeneous structure. Among the numerous variables which are at the basis of its differentiation are: age, education, residence, nation, etc.

This paper focuses on the analysis of the political-civic culture models representative for the young Europeans and on the factors that contribute to their formation and development. Is there a participatory political culture deficit among young people? If yes, could the intensification of the civic socialisation be an answer to this problem? From the sociological studies which brought forth the common characteristics and the significant differences of the young Europeans (belonging to different nations) political culture, I will mainly consider the following: The IEA Study (1999), Euyopart (2005), Eurobarometer 2007 - 2008.

The 1999 Civic Education Study, the first IEA study in this subject area since 1971, was ambitious both in concept and in scope. About 90,000 fourteen-year-old students from twenty-eight countries as well as approximately 10,000 teachers and thousands of school principals took part in the study³.

Three domains were identified as important topics in civic education across democracies: Democracy, Institutions, and Citizenship; National Identity and International Relations; and Social Cohesion and Diversity. Test and survey items were then written to assess students' knowledge and skills as well as attitudes in these three domains.

Romania took part in all the stages of the IEA Civic Education Study. The study was conducted on 150 school children from 150 schools, including 2993 8th grade school children, aged 14. At this educational level, civic education is taught as a compulsory discipline, one hour per week.

When it comes to civic knowledge, the results of the research show that, with 42% correct answers, Romania is situated under the international average (with 52% correct answers). The Romanian school children results regarding the amount of knowledge they have about democratic education were as follows:

- identifying a non-democratic government: 42% correct answers versus 53% the international average result;
- the importance of many organisations for democracy: 48% vs. 69%;
- the existence of a multi-partite system: 67% vs. 75%;
- the importance of having more than one newspaper in a country: 39% vs. 57%;

In all the 28 democratic countries that took part in the IEA study, people aged 14 are only on the average interested in politics. In Romania, 45% of the schoolchildren have declared that they have a genuine interest in politics (versus 39%, the international average). Although the experience in this area is relatively new, Romanian schoolchildren are interested in civic involvement in classrooms, schools and youth organisations. The research showed the importance of classroom climate in shaping and developing the civic competencies of the schoolchildren. Students were asked how frequently (never, rarely, sometimes, or often) they were encouraged to make up their own minds about issues, how often they felt free to disagree with their teachers about political and social issues during class, and the extent to which teachers respected student opinions and encouraged them to discuss their opinions during class. Students were also asked how often

³ International Assessments - Political Democracy and The IEA Civic Education Study: <http://education.stateuniversity.com/pages/2114/International-Assessments-Political-Democracy-IEA-Study-Civic-Education.html>, according to: "Citizenship and Education in Twenty-Eight Countries: Civic Knowledge and Engagement at Age Fourteen. Amsterdam: IEA" (Torney-Purta, Judith; Lehmann, Ranier ;Oswald, Hans; Shulz, Wolfram, 2001.)

teachers presented several sides of an issue and whether the students felt free to express opinions even when the issues were controversial. Classroom climate was also positively associated with students plans to vote as adults—an essential element of democracy. Furthermore, positive classroom climate was related to students' trust in government institutions, their confidence in school participation, and positive attitudes toward immigrants and women. Across the twenty-eight countries in the IEA study, about one-third of the students reported that they were often encouraged to voice their opinions in the classroom, but an almost equal proportion said that this rarely or never occurred (especially when the issues were potentially controversial). Teacher responses confirmed the students' perceptions. They reported that teacher-centred methods of instruction, such as the use of textbooks, recitation, and worksheets were dominant in civic-related classrooms in most of the countries, although there were also opportunities for classroom discussion of issues⁴.

In Romania, according to a study from 2000, approximately 60% of the interviewed subjects (of various ages) declared that they did not feel free to protest in school, and 78% weren't given the opportunity to discuss in school controversial social and political issues⁵.

More recent studies, such as the Eurobarometer2007, present the significance of EU and of European citizenship for the young Europeans (aged 15-30) and the extent to which they are interested and take part in the political life. According to these statistics, when asking young Europeans about what the EU means to them, 90% of respondents say that, for them personally, it represents the freedom to travel, study and work anywhere in the Union. A plurality of them also underline the fact that its existence represents a way to protect the rights of citizens (72%) and a means of improving the EU's economic situation (71%). More than half of the respondents (56%) feel that the EU is equivalent to a European government.

When asking about possible negative features of the Union, 40% of young adults state that it means an excess of bureaucracy and some waste of time and money. Just over a third see the EU as a threat to cultural identity and diversity⁶.

EU 2007 confirms that almost all young adults (92%) agree that in 10 years it will be easier to travel, study, work and live anywhere in Europe because of EU. Large majorities of respondents also agree that in the next decade, the EU will bring more opportunities for people like themselves to find work (73%), more equality between men and women (71%), less discrimination against foreigners and people from other cultures and ethnic groups (68%), and a better quality of life for most people (67%). On the negative side, 39% of respondents believe that the EU in 10 years time will mean more social problems, such as unemployment and strikes.

For most young Europeans, to be a citizen of the European Union means to have the opportunity to study, the right to work in any country in the EU.

We notice that 94% and 88% of respondents mention these two factors. A majority of young adults also agree that EU citizenship means access to healthcare and social welfare anywhere in the EU (82%) and the right to move permanently to any member state (77%).

One in two young Europeans (49%) mentions that being a European citizen means the right of non-nationals to vote, or to be elected in local elections, in the member state in which they reside. The individual country results show large variations in respondents views about the meaning of being a European citizen. In Luxembourg, for example, 69% of the young adults think

⁴ Idem.

⁵ According to the results of the sociological research on the Romanian pattern of political culture published in: Nedelcu Elena, *Democracy and Civic Culture*, Paideia, 2000.

⁶ http://ec.europa.eu/dgs/education_culture/publ/pdf/youth/results-eurobarometer2007_en.pdf
http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_202_sum_en.pdf : The results of the Eurobarometer 2007 regarding youth.

that being an EU citizen is symbolised above all else by the right of non-nationals to vote or to be elected in local elections in the member state in which they reside, but in Hungary only 24% of young adults agree with that. Similarly, while 93% of respondents in Slovakia mention that being a citizen of the EU denotes access to healthcare and social welfare anywhere in the EU, only 54% of respondents in Estonia agree.

EU 2007 points out that most young Europeans say that they are very interested or interested in politics and current affairs: 82% of them are interested in politics in their own country, 73% claim to be interested in politics at a city or regional level and 66% say they are interested in politics and current affairs in the EU. Young Greeks have the highest level of interest in politics and current affairs on all three levels while young people in Romania, Belgium and the Czech Republic have the lowest level of interest in politics.

In general, young adults in the EU are not active in organisations or associations; we find that only 22% of young Europeans are members of an organisation. Focussing on the countries of the EU15, we find a north-south divide, with the northern countries having higher percentages of membership than the countries in the south. We find the highest percentage of those who are members of an organisation in Denmark (47%), followed by Germany (46%) and Sweden (45%). Portugal (14%), Italy (13%), Spain (12%) and Greece (11%) have the lowest percentages of membership. Sports clubs are the most successful examples (with just under 50% of all respondents reporting membership).

When it comes to taking part in voluntary activities, the Romanians take the last position. In general, young Europeans are unlikely to be engaged in voluntary activities; only 16% of the young adults that were interviewed mentioned this. However, three out of four consider such programmes as an incentive for their greater participation in society (see page 12 increasing activity as citizen in society). Comparing engagement in voluntary work in the NMS12 countries, we find that the largest percentage of young adults who are engaged in voluntary activities is found in Slovenia (30%), followed by Slovakia (25%) and Hungary (22%). The lowest percentages are located in Bulgaria (8%) and Romania (7%).

When asked which measures would help to encourage young people's active participation in society, a majority of respondents (81%) suggest consulting young people before any public decision concerning them is taken. Slightly less than three out of four respondents (74%) think that a good measure would be the availability of more programmes encouraging voluntary work and 70% of young Europeans think that the introduction of a compulsory educational programme about citizenship at schools would encourage greater participation of young people in society. Lowering the voting age as a measure to increase young people's active participation in society is mentioned by less than one out of five respondents (19%).

A large majority of young Europeans (88%) say that they received information about their rights and responsibilities as a European citizen through the media. 72% of respondents got this information from schools and universities and 69% from parents and friends⁷.

It is alarming to see that the electoral turnout for the European Parliament was the lowest since the introduction of these direct consultations, 30 years ago, in 1979. At the 2009 elections there were only 43,1% of the 375 million Europeans with the right to vote, with two points below the one in 2004 which, at the time, was the lowest in the history of the European Parliament. Besides Belgium and Luxembourg, where voting is compulsory, electoral turnout is somewhere around 90%, only in Malta it was almost 80%. The newest EU member states (Bulgaria and Romania) showed radically different situations. While the Bulgarians went through an obvious

⁷ Idem.

electoral “enthusiasm”, 37,5% going to vote, compared to the 29% of the Romanians at the European elections in 2007.

If at the 2004 elections, 50% of the European citizens with the right to vote were at the polls, the participation percentage in the new member states was only of 25%, the young people aged 18-24, electoral turnout was extremely low: 75% of them didn't go to vote, an indicator of the fact that they have a reduced level of understanding the importance of these elections and a limited awareness of the issues on the European agenda.

The Intensification of Civic Socialization – National and European Priority

Civic socialization transmits not only political democratic culture and the perennial values of humanity but also the development of a multidimensional civic identity (individual, national and European). It can have a major contribution to the consolidation of the European integration process and to a better administration of its economic and socio-cultural effects. It is known that in democratic societies, even more in the post-communist ones, participatory political culture does not happen by itself, it needs a serious and constant civic socialisation process.

The present patterns of political culture in Europe, especially those present in the new member states, support the intensification of civic socialisation. The above-mentioned studies bring forth the low percentage of political participation of the young Europeans (voting, activity in political, civic organisations, etc.). They have civic knowledge and declare their interest for political and civic life and have a positive understanding (vision) of the EU and its institutions. The results show that European institutions, such as the European Parliament and the European Commission, enjoy more confidence than national institutions.

The weak political participation of the young Europeans is seen in the low percentage of the trust in national political institutions. According to a new survey, European Youths trust NGOs like Greenpeace or Amnesty International much more than they trust political institutions⁸.

In the case of the post-communist countries, Romania also, the situation of the civic involvement of the youth is even more dramatic. The Romanians take the last places when it comes to organisational affiliation, voluntary involvement, civic participation. According to a series of researches made by The Institute of Education Sciences, the young Romanians are faced with a major deficit of abilities and basic competences needed to adapt to the new challenges of the civic society: exercising their rights and citizenship liberties, responsibility, group negotiations, critical thinking, social dialogue, solidarity and tolerance. (Anghel, 1995) Other studies made by N. Marginean, A. Hotos, G. Badescu, E. Nedelcu and others lead to the same conclusion. Civic initiatives are significantly lower with Romanian students than with European students from the countries with democratic tradition. Under these circumstances, developing a participatory civic culture needs the intensification of the steady process of civic socialization. The efficiency of civic socialization achieved both in formal and informal area registers also modest percentages. According to a study made by C. Bârzea, Romania is the 27th out of 28 countries when it comes to the efficiency of civic education through various means⁹.

The main characteristics of the political culture in Romanian society nowadays are: a low level of political communication, low values of the subjective civic competence and of the attachment of the political system, the insufficiency of the cooperation, solidarity, civic organisational participation. “These are the typical co-ordinates for the dominance of the

⁸ Euobserver/ Brussel (<http://euobserver.com/9/21177>).

⁹ Barzea, C. - (2000) Education for Democratic Citizenship. The Perspective of Permanent Learning, The Council of Europe.

“dependent” political culture model in which the feedback from bottom to top (from electors to governors) is insufficient and inconsequent. It is a political culture of passivity and indifference which expresses and maintains a fragile democracy”. (E. Nedelcu, 2000)

The situation is approximately the same even when it comes to students: although they have a higher level of instruction, they do not aspire to join and to commit themselves civically and significantly more than the other categories.

Under these circumstances, the political socialization agents - school also -are faced with a new challenge: finding the most efficient strategies for a multidimensional development of democratic citizenship. In Romanian society, teaching civic culture in primary, secondary and high school, along with other educational strategies, tries to answer such provocation.

Unfortunately, in universities there is no discipline meant to support such an objective. This is why I consider it necessary to introduce a new discipline in universities meant to support the process of civic socialization, civic national and European inclusion, to correct the present deficit of participation is so much more needed.

Conclusions

Teaching education/civic culture only in pre-university education, although welcomed, is insufficient in comparison with the need for civic socialization felt by Romanian society. Introducing Civic Sociology as a subject matter at an age (18-19 years old) when the interest for politics and civism are well shaped is even more important. In my opinion, introducing, especially in post-communist countries, Romania also, a university discipline meant to contribute to the civic socialization of youth, constitutes an educational and social priority worth taking into consideration.

This university discipline is meant to answer not only some internal needs but also some international ones. The process of European integration, of edification of a common identity in the age of globalisation must be supported by a political culture based on knowledge, communication, civic participation and tolerance. (E. Nedelcu, INTED2009) Introducing in the curriculum the new discipline, named Civic Sociology, is in agreement with the objectives of a global education with a legislation regarding the global character of education.

Analysing the necessity and the social and epistemological premises of this paradigm, has been the subject of a recently published paper: “Civic Sociology”, INTED2009, Valencia.

ORGANIZATIONAL AND COMPUTER CULTURE

Dana Ramona ANDRIȘESCU*

Abstract

When getting a new workplace, the employee has to start all over again or from zero. From learning what his/her place is to how to work on computers, it is a continuous task as everything keeps changing in a dynamic organization. Employee's luggage of knowledge is going to get harder and harder with each step taken inside the organization. He or she has to adapt to the new place, has to know his/her duties, to work only with certain information, to behave properly, to respect some rules of conduct. All this is just a small part of what means adapting to an organizational culture. We are going to see in this paper that not only this culture is important but, we have to take into consideration computer culture too. People are influenced by the organization's environment and culture when doing their tasks and that is why a healthy culture is needed in order to prevent computer crimes.

Keywords: culture, information technology, behavior, employee, organization

Introduction

Employees face new technological changes in the workplace every day. Some employees embrace the changes that technology brings, while others resist and become defensive. If they finally embrace it, as they have to adapt to the new requirements of the job and society, they try to use it for their own benefits bringing in some cases disasters to the organization they work for. The new technologies allowed criminals to change the environment in which they are doing the illegal activities. Now, they can surf the Internet for victims, connect to private networks, and cover their tracks. Only the skilled network administrators can figure out what is happening and supported by the managers can use and take the appropriate measures.

In order for an organization to survive and face all the challenges including those with employees, it has to have its own culture and rules to be respected. We can say that the first suspects when something wrong has happened are the employees as they have access to all the organization's information and technology. The explosion of the Internet and its use in whether for private or public use, has affected productivity positively and negatively. On one hand, organizations have harnessed the Internet to perform tasks such as analysis and research and have shortened cycle times, marketed products and reduced costs associated with doing business¹. Consequently, companies have started to rethink how much Internet access to allow employees in the workplace. Broadband access to the Internet in the workplace increased the number of web pages viewed by individuals and the amount of time spent online. Using Internet for business allows the employees to access outside information and software and that is why they are tempted to do something wrong like stealing and selling organization's information by impersonating somebody else, steal money by altering data, bring damages to both hardware and software and so on. Organizations have to prevent these types of illegal activities by training their employees and facing them with the consequences of their actions.

* Faculty of Economics and Business Administration, "Alexandru Ioan Cuza" University, Iași, Romania.

¹ Grodzinsky, F., Gumbus, A., *Internet and Productivity: Ethical Perspectives on Workplace Behavior*, The Ethicomp Journal, Sweden, 2005, http://www.csr.cse.dmu.ac.uk/journal/articles/vol3iss1_13.pdf

Therefore we will see in this paper why it is important to have an organizational culture and how should managers deal with unethical employees. We have used management's and computer science's literature in order to present the problems that organizations are dealing with.

From organizational culture to computer culture

In order to have positive results, each organization should have a culture as we could say it is a little society with its own people, rules, principles, and actions. Laudon and Laudon² say that the key elements of an organization are its people, structure, business processes, politics, and culture. We are going to focus on organizational and computer culture and people's reactions towards them.

If we search the Internet and look into literature we will see that a formal definition is very used, that of *culture*, which is a set of learned core values, beliefs, standards, knowledge, morals, laws and behaviors shared by individuals and societies that determines how an individual or a group acts, feels and views himself and others. A society's culture is passed from generation to generation and aspects such as language, religion, customs and laws are interrelated. With computers, it should go the same; people should learn from each other how to use technology in the best way possible.

Culture is made up of the values, beliefs, underlying assumptions, attitudes, and behaviors shared by a group of people³. It is the behavior that results when a group arrives at a set of - generally unspoken and unwritten - rules for working together. Culture is difficult to define, but you generally know when you have found an employee who appears to fit your culture. He just "feels" right to do the job. A big mistake considering that appearances can be deceiving and that the trustworthy employee becomes the greatest enemy.

From what we can see, culture has two forms:

- Unspoken and unwritten. It is transmitted from person to person, based on employees' actions, behavior, results, and values.
- Spoken and written. It is the official one, used by managers to control their staff. It is written in contracts, in different papers and is transmitted to everybody.

The first type of culture is known by everybody, as news travel very fast. Perhaps the most used example is that employee X did something that was right or wrong, won or lost something, what is to be done for clients, suppliers, and partners. These actions cannot be found in organization's official papers but in employees' behavior. The official culture is that written and should be respected by everybody for positives outcomes.

There might be some problems in building a culture inside an organization. First of all, it is somehow difficult to have an organizational culture especially if it is a multinational one, where employees come from different countries and have their own values, standards, principles, and ethics. Secondly, will that culture be adopted by everybody, when employees come and go, especially if they are young or just in a probation period? It is difficult but not impossible. Managers should bring to mind to the new employees what they want from them, what their attributions are and how they should behave in order to have a good collaboration.

According to Kathryn Baker⁴ organizational culture literature makes it clear that:

² Laudon, K.,Laudon, J., *Management Information Systems: Managing the Digital Firm*, 9th Edition, Pearson Prentice Hall, 2002.

³ Heathfield, S., *Culture: Your Environment for People at Work. What Is Organizational Culture?*, <http://humanresources.about.com/od/organizationalculture/a/culture.htm>.

⁴ Baker, K., *Organizational Culture*, 2002, <http://www.maxwell.af.mil/au/awc/awcgate/doe/benchmark/ch11.pdf>.

- culture is essential for both successful organizational change and maximizing the value of human capital;
- culture management should become a critical management competency;
- while the right culture may be a necessary condition for organizational success, it is by no means a sufficient condition. An important challenge for managers is to determine what the most effective culture is for their organization and, when necessary, how to change the organizational culture effectively.

Culture is the environment that surrounds everyone at work all of the time. It is a powerful element that shapes work enjoyment, relationships, and processes. But, culture is something that we cannot actually see, except through its physical manifestations in our workplace as organizational or corporate culture is the system of shared actions, values, and beliefs that develops within an organization and guides the behavior of its members.

Edgar Schein⁵ suggests that organizational culture is even more important today than it was in the past. Increased competition, globalization, mergers, acquisitions, alliances, and various workforce developments have created a greater need for:

- coordination and integration across organizational units in order to improve efficiency, quality, and speed of designing, manufacturing, and delivering products and services;
- product innovation;
- strategy innovation;
- process innovation and the ability to successfully introduce new technologies, such as information technology;
- effective management of dispersed work units and increasing workforce diversity;
- cross-cultural management of global enterprises and/or multi-national partnerships;
- construction of meta- or hybrid- cultures that merge aspects of cultures from what were distinct organizations prior to an acquisition or merger;
- management of workforce diversity;
- facilitation and support of teamwork.

These desiderates apply to all organizations no matter their activity, whether they offer products or services, but using knowledge, as we know it became the most valuable asset an organization has. Employees tend to go according to their culture and that is why sometimes they may offend their colleagues without bad intention. One has to be careful and think if what he or she is about to be doing and saying is going to be offensive or not. Culture is determined by the inputs and outputs employees receive and give. If the outputs are satisfactory for the employees, everything will be fine; they will work hard and will be happy. If not, problems will rise to demand proper reward for the job and the environment they work in. Each organization has a unique culture, or fundamental set of assumptions, values, and ways of doing things, built by employees for the employees, that has been accepted by most of its members.

Parts of an organization's culture can always be found embedded in its information systems. Culture can support⁶ linkages between technology adoption and organizational growth; it can be a critical success factor in manufacturing strategy and play a crucial role in determining the success or failure of mergers and acquisitions. As we would expect, organizational culture has also been found to play a significant role in a number of IT management processes. These can include technology driven change, e-business initiatives, groupware development and deployment, new technology and adoption, computer-based monitoring, and management of new systems

⁵ Schein, E., *Organizational Culture and Leadership*. San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1992 (copyright 1985).

⁶ Balthazard, P., Cooke, R., *Organizational Culture and Knowledge Management Success: Assessing The Behavior-Performance Continuum*, Proceedings of the 37th Hawaii International Conference on System Sciences – 2004.

development. Implementation of all these technologies was possible because organizational culture managed to face change in order to succeed.

Laudon and Laudon say that the interaction between information technology and organizations is complex and is influenced by many mediating factors, including the organization's structure, standard operating procedures, politics, culture, surrounding environment, and management decisions. The next figure is a suggestive representation of what they stated.



Fig. 1. The two-way relationship between organizations and information technology
(Source: Laudon, K.,Laudon, J., 2002, Management Information Systems: Managing the Digital Firm, 9th Edition, Pearson Prentice Hall)

This complex two-way relationship is mediated by many factors, not the least of which are the decisions made—or not made—by managers. Other factors mediating the relationship include the organizational culture, structure, politics, business processes, and environment. If those two authors put an interdependent relation between organizations and information technology, Bob Travica (2008)⁷ investigated the concept of information culture as a component of organizational culture and explored its influence on the implementation of self-service software.

Computer culture could be defined as a set of values, beliefs, standards, knowledge, morals, laws and behaviors applied to the use of computers and information management inside an organization. Every organization should have its own culture, its own values, standards and rules for the employees to respect. It is not a new concept, as we see over the Internet, but mostly it is confused with computer use or even the Internet but as we can see it is a mix. Computer culture is also known as information technology culture and that is why it is not wrong to use both terms.

The reality is that people from different cultures do business differently—and have varying sets of values, moral guidelines and ethical principles to guide them through the maze of life. What might be the “right” way to act in one culture may be considered “wrong” in another. Understanding the cultural context and ethical mindset of a potential foreign business partner or competitor can help in developing sound strategies for negotiations and deal making. According to pragmatism, values are being tested all the time with reality. Attitudes toward computers differ between the genders. Males tend to display more positives attitudes toward computers, regardless of the level of familiarity, while female attitudes become more positive as the level of familiarity increases.

⁷ Travica, B., 2008, *Influence of information culture on adoption of a self-service system*, Journal of Information, Information Technology, and Organizations, Vol. 3, <http://jiito.org/articles/JIITOV3p001-015Travica470.pdf>.

When using computers, people from a culture will act different from others. Each uses their own set of principles in using information technology and is doing as their consciousness says he or she should do and it is right. Ethical principles themselves can conflict, and it requires higher level principles to settle those conflicts. In order to prevent them, organizations must have a computer culture of their own, to use it both inside and outside, in relationships with their customers, supplies and partners.

To understand a culture is to understand its people, which lead to how computers are used. Of course, many mistakes are generalized making every person in some country guilty or capable of doing the same bad things. We know that it is not true. If somebody does something it doesn't mean everybody is doing the same. Schein says that "Culture is learned; hence learning models should help us to understand culture creation. Unfortunately, there are not many good models of how groups learn—how norms, beliefs, and assumptions are created initially. Once these exist, we can see clearly how leaders and powerful members embed them in group activity, but the process of learning something that becomes shared is still only partially understood." For new employees to integrate it goes the same, to understand an organization is to understand its culture and people.

First step in having a computer culture is for managers and IT administrator to understand its necessity in order to allow knowledge sharing, work in harmony and understanding and this way preventing computer crimes or traditional ones. If employees aren't happy with the environment they work in or remuneration they will act in one of the ways:

- leaving and taking with them confidential information;
- staying and asking for remuneration according to job's difficulty and environment;
- leaving after a lot of training has been done, losing money and time;
- taking themselves what they think it would be fair for them to have by stealing and damaging both data and devices.

Computers influence the organizational culture. We know that they are a tool for the knowledge workers, for doing business online, for communication and collaboration, and so on. To achieve any measure of "success," investment in IT must be accompanied by significant changes in business operations and processes and changes in management culture, attitudes, and behavior. An information system can be deemed a failure if its design is not compatible with the structure, culture, and goals of the organization as a whole. This means that computer culture depends on the organizational culture. Computers must be used in an appropriate way, not to harm others. Employees should use only the data they are allowed to, they should act in an ethic way. We can say that computer culture is part of organizational culture as shown in the figure below.

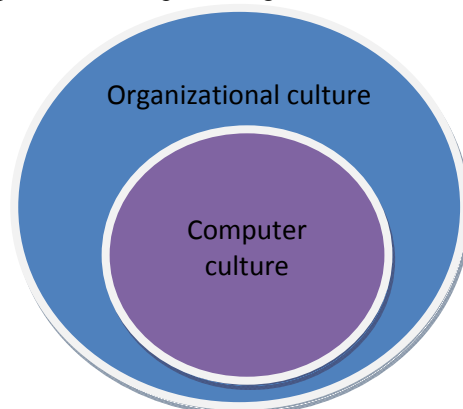


Fig. 2. Relation between computer and organizational culture

Ethics is different for each individual, it is something that it is filtered through each mind and is influenced by the individual differences that may be a function of people's background. Computer ethics [8] is a form of applied or practical ethics. It studies the moral questions that are associated with the development, application, and use of computers and computer science. First of all, the employee should contribute to the well-being of the organization he or she works for. He/she must not harm others, must respect the privacy of others, must be fair and honest, and respect confidentiality. Culture is the key driver of behavior, and that while information technology can facilitate collaborative behaviors it can't force them to happen. But, managers should not force employees to embrace certain technologies if they are resistant as they will never use them at their full potential. Everything must be done gradually, to avoid resistance for change. New employees should be taken easy to adapt and get at the same time knowledge needed for their job. They should be given proper training to manage data they are supposed to in the ways the organization needs. Doing this means bringing them to knowledge the ethics code, security policies and other rules for an advantageous collaboration.

Computer culture is different from an organization to another, for a person to another, as there are several factors that influence one way or other employees' thinking and acting. We will present them later in this paper. We can state that, according to figure number 2 that organizational culture comprises computer culture. According to Rosca, Varzaru, Rosca, (Rosca, Varzaru, Rosca, 2005) organizational culture includes two types of elements⁸:

- visible and conscious elements;
- invisible and unconscious elements, culture's nature itself.

When acting, employees are influenced by certain factors, that is why we can talk about three organizational culture levels:

- beliefs and persuasions level, found in employees' consciousness unaware of its presence;
- values and attitudes level, that employees opt for it and show it;
- individual and group behavior level within the organization, that can be perceived through spontaneous and systemic observations.

Accepting to be members of the organization, employees' competences and abilities are "designed" according to jobs' requirements. People make efforts to adapt to organizational system's requirements, but this interaction generates many times some tensions as employees find very hard to respect the codes and are tempted to get some money or goods using information and communication technology.

Table 1. Some organizational and computer cultures' influence factors

Organizational culture		Internal factors	External factors
		The person	Legislation
		Work environment	External economic environment
		Managers' style of leading	Politic system
		Groupware	Competition
		Organization's characteristics	Customers
		Founders and owners	Suppliers

⁸ Rosca, C., Varzaru, M., Rosca, I.G., "Resurse umane – Management și gestiune", Editura Economică, 2005.

	Computer culture		Used technologies
			Information found over the Internet

The person influences the two cultures as he or she has his/her persuasions, beliefs, values, experiences, preparation, attitudes, behavior interacting with others from the same workgroup. The work environment is important as employees desire this to be according to their tasks, harmonious and peaceful. Managers have a positive or negative impact, according to their leading methods and human resources management. Organization's characteristics depend on organizational culture's complexity and organization's dimension found in number of employees, income, social capital and so on. Founders and owners are those that create organization's philosophy and determine its fundamental values. External factors influence positive or negative according to the difficulties faced by the organization and customers' and suppliers' demands.

Both organizational and computer culture determine the employees to commit computer crimes and that is why we have talked about these subjects. A healthy organizational culture determines a good communication and collaboration between employees among themselves. Ethics drives their behavior along with financial and material needs. That is why it is important to keep supervising the employees, assure they are happy and that they will not commit any act of stealing, blackmailing, confidential information publishing using computers and so on.

Over the Internet people find all sorts of information, from news to hacking, and that is why network administrators along with the managers should deny surfing dangerous sites and should monitor employees' every move to prevent crimes. Internet access for employees has also added to the problem. Online games, chat rooms and other diversions, including pornography sites, are diverting the attention of organization's work force.

The history surrounding the birth of IT in organizations suggests that IT brought with it a culture of its own that clashed with the dominant organizational culture. Many organizations had their own system of values and beliefs; and the emergence of the discipline of IT imposed on the existing culture, resulting in tension in the IT-business relationship⁹. Business management inexperience is another reason given for the cultural gap. The arrival of the computer and the IT industry challenged traditional forms of management, administration, and authority. But, in the end, after many debates, technology has become an imperative presence in any organization and business.

Workplace cultures are interactive. They are shaped by the workers who make up the culture; and, in turn, those workers are shaped by the culture in which they work. Cultures are organic. They are constantly growing, morphing, reforming, adjusting and adapting. Information technology is also developing at an impressive pace and that is why its culture is in permanent change.

Therefore, no matter the organization, small or large, national or multinational, and no matter of people's cultures, each one should make its own culture for employees' sake and organization's profit. In order to ensure a good activity, organizations need to develop programs aimed at prevention, education and rising awareness. Organizations may also wish to consider a 24/7 helpdesk to provide support and advice, and to capture details of any incidents that occur¹⁰.

⁹ Horn Nord, J., Norg, G., Cormack, S., Cater-Steel, A., *An Investigation of the Effect of Information Technology (IT) Culture on the Relationship between IT and Business Professionals*, International Journal of Management and Enterprise Development, 4(3), 2007, pp. 265-292, http://eprints.usq.edu.au/992/1/Cater-Steel-Nord_Nord_Cormack_Cater-Steel_IJMED.pdf.

¹⁰ Computer Crime Research Center, *Computer crime: cyber fraud*, 2006, <http://net-security.org>.

Paper content

In this paper we have tried to underline the importance of computer culture within an organization. We have stated that it is a part of the organizational culture. Every employee should be aware of them and of everything else that has a relationship with computers and organizational behavior. Managers and especially the human resource managers should know their employees and watch every move they make. In order to prevent computer crimes, every employee, IT or non-IT, should be surveyed. There are many programs that allow an organization to monitor everything that it is done on computers.

This study has been done by studying both the management and computer science literature together with observations made during different activities done by the public employees and their behavior towards clients and their information.

Conclusions

Some might think that computer culture is just computer use; others may think it is different from the organizational culture or that they depend on each other. Perhaps everyone is right in their way. Nowadays, computers are present in every organization; no business is done without them, as they became a tool for communication, collaboration, trading, and so on. If at the beginning they were seen as something that is not necessary, nowadays, computers are seen as being extremely useful and present everywhere.

Values and beliefs of employees come from their life. They started to gather when they were children and are developing during their lifetime. Individuals continue to learn as they get older, go from place to place, from organization to organization. As we can see, people tend to work either alone or in groups if their activity is asking. When using information technology for communication and collaboration they have to be aware that they are actually interacting not only with the computers but with the users behind them. If one wants respect from others first he or she must respect. Because computer use requires knowledge and skills, organizations make sure their employees are equipped with the competencies needed to use computers, which means they search future employees with a computer culture.

Future reasearches can be done on various subjects mentioned in this paper like, computer crimes prevention, forensic science, organizational behavior, individual's personalities, information security, losses from employees bad behavior and so on.

IMPLICATIONS OF STORAGE VIRTUALIZATION FOR SMB

Adriana BARNOSCHI*

Abstract

In today's datacenters, the unexpected increase of virtual and physical servers has led to exponential increases in data-transfer volumes, bandwidth bottlenecks, and connectivity costs. This growth causes major problems for IT managers as they struggle to see more cost-effective, scalable ways to manage the increasing complexity of servers and their associated LAN and SAN environments. Virtualization is a general term that could be applied to: storage systems, databases and networks. In this article, I present an overview of server virtualization architecture. I also specify the goals and benefits of virtualization for a SMB. The article points out some issues about server virtualization: definition, implementing problems and security features. In case of major calamity, you need a disaster recovery plan. The article lists a series of differences and similar parts of DR planning and business continuity plan.

Keywords: *storage management, server virtualization, disaster recovery plan, business continuity planning.*

Introduction

PC storage capacity has grown; users have stored more and more data on their machines, being the primary targets of attackers. So, companies need to backup their information in order to limit data loss and people started to think about disaster recovery. In other words, companies need to stay in business and people are ware of the value of lost data.

I achieved this conclusion by collecting data about natural and human inducted disasters correlated with business process, by studying different points of view of IT experts in storage network solutions for consolidation, by judging from the laws and standards addressed to BCP for improving an organization's information security, by analyzing disaster survival statistics, by making the choices for storage systems from SMB market.

I collected statistical data from analysts of IDC, of Forester Research Inc., of famous companies and I selected the ideas concerning the promised benefits of virtualization technology. I was thinking it's important to know about their work and performances, not just because their word does matter, but their experience facilitates us at storage management into IT departments, it helps us to well-formulate the goals of our projects and business and it contribute to state the metrics of software quality.

The paper is organized as follows:

In sections 2 and 3, I give an overview of virtualization that contains a short history of this technology [1, 9], preferred definitions of concepts [2, 6] and one simple description of host/guest paradigm from the base of virtual machines [4, 5, 6].

Section 4 presents the goals of virtualization when it is used to put into practice a wide range of applications and the benefits of desktop virtualization for SMEs, since this technology has become so popular in storage management.

The section 5 discus about how important is the impact of the virtualization process on day-to-day security management.

Section 6 tells us what disaster continuity planning (DRP) is; why virtualization in a disaster recovery environment is very high on the managers' list; what the gain of using virtualization in DR is? It is important to understand that business continuity planning (BCP) is a

* Associate Professor, Ph.D., Social and Administrative Sciences Faculty, "Nicolae Titulescu" University.

methodology and backup is a process. The logistical plan is called a Business Continuity Plan. DRP is a part of BCP. That's why, when I design a disaster recovery plan I have to go through the methodology phases.

The last section summarizes the contributions of this paper and discusses for future work.

Literature review of virtualization

The technology that has created virtual instances of operating systems has been around in one form or another for years, and has been generally approved into the industries in which top priorities are costs and mobility.

The idea dates rear to the days of mainframes and workstations, a model that required all of the computing to be done on the mainframe with the results of the calculations then displayed on the terminal. This multi-user, time-sharing model maximized utilization of the mainframe's resources simultaneously. It was the efficient standard for years, up through the beginning of minicomputers such as the VAX and PDP.

The idea of virtualization in computing systems is to add a layer of abstraction between two layers in that computer system [1]. This layer allows reducing the management reliance on complicated elements, like building new servers or deploying new applications, while also enabling transiency of the underlying virtualized elements:

Virtualization refers to the pooling of IT resources in a way that masks the physical nature and boundaries of those resources from resource users. In more concrete terms, virtualization is the decoupling of software from hardware. It is the abstracting of the software from the underlying implementation [1].

Server virtualization is the masking of server resources, including the number and identity of individual physical servers, processors, and operating systems, from server users. The server administrator uses a software application to divide one physical server into multiple isolated virtual environments. Server virtualization means the ability that allows multiple independent operating systems to run on the same hardware at the same time.

Virtualization software runs like an application on a computer, separate from the operating system and it avoids hardware and software incompatibility problems. Because the software runs separately from the OS, the different versions of operating systems or other applications can run at the same time [3].

This, along with the need to reduce the number of physical servers in data centers to save money on hardware and power costs, has led to the current attraction with server and desktop virtualization. Today, vendors are building hardware and software platforms that can deliver virtualization solutions at near-native performance.

The recent rush of interest in virtualization has meant large business for **vendors** like Sun, IBM and Novell, as well as a host of smaller vendors, who sell virtualization software and services. Much of the business these companies have seen so far has been in the data center as part of server consolidation projects [5].

Theoretical Background

There are three popular **approaches** to server virtualization [3, 6]:

1. The virtual machine model,
2. The paravirtual machine model, and
3. Virtualization at the operating system (OS) layer.

Moving up from the bottom there is the hardware layer, followed by the operating system and finally the applications.

Virtualization is being widely embraced by IT industry and smaller organizations are now looking to make use of this technology. This is a resulting in an increased number of product offering as vendors compete to capture a share of emerging SMB market. This reduces a major obstacle to deploying virtualization at the SMB level: *cost*.

Virtual machines are based on the *host/guest paradigm*. [3, 6] Each guest runs on a virtual imitation of the hardware layer. This approach allows the guest operating system to run without modifications. It also allows the administrator to create guests that use different operating systems. The guest has no knowledge of the host's operating system because it is not aware that it's not running on real hardware. It does, however, require real computing resources from the host -- so it uses a *hypervisor* (VMM) to coordinate instructions to the CPU. The hypervisor (called a virtual machine monitor - *VMM*) is referred as a virtual manager; it is a program that allows multiple operating systems, which can include different operating systems or multiple instances of the same operating system, to share a single hardware processor. [7]

VMware and Microsoft Virtual Server both use the virtual machine model. [8, 5]

Two new major developments will have a dramatic effect on virtualization technology adoption. On the hardware side, x86 architecture- based microprocessor manufacturers have released a new generation of chips that support virtualization natively. On the software side, the emergence of the open-source Xen* hypervisor virtual machine technology has eliminated much of the performance impact associated with the mediation layer that accompanies full virtualization and software emulation. These developments could completely decouple software from the underlying physical implementation [1].

HP Virtual Connect technology is an interconnect option for HP BladeSystem environments that is used instead of standard pass-through or managed switch offerings. It provides a simpler way to connect blade servers to datacenter networks by creating pools of LAN and SAN addresses that can be assigned dynamically to server bays in software, instead of being hardwired into the servers' individual NICs.

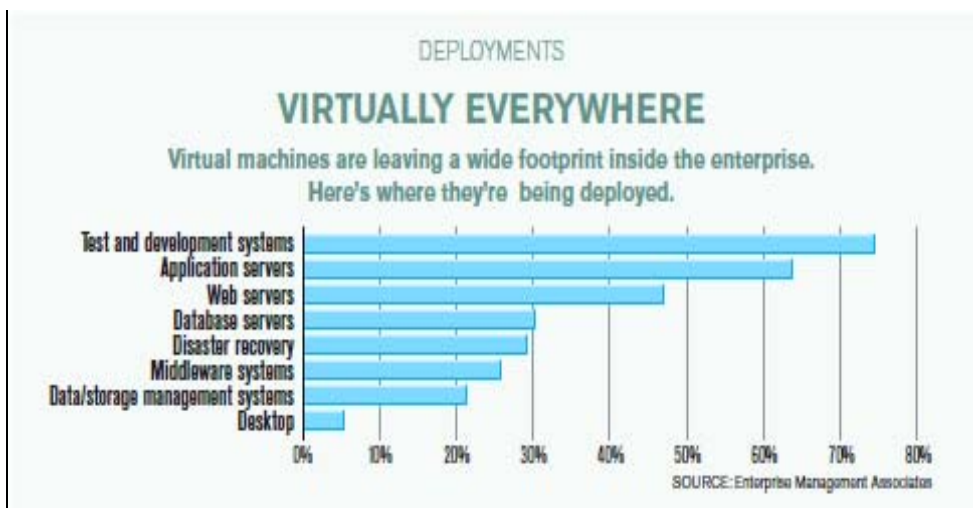


Figure 1: A new study of Enterprise Management Associates (EMA) has established that almost 75 percent of enterprises have deployed virtualization in some form.

The goals and the benefits of virtualization technology

The key *goals of virtualization* are:

- 1.To ensure independence and isolation between the applications and operating systems that run on a particular piece of hardware,
- 2.To provide access to as much of the original hardware system as possible,
- 3.To do all of this while minimizing performance overhead.

Although server virtualization can provide great benefits, it's not the only option out there for using virtualization.

- **User density increases dramatically.** The average user density grows by a factor of three on a per-server basis, while number of users per server manager goes up by a factor of between four and five times.
- **Availability improves.** System availability goes up even for basic virtualization. The real benefit comes from an advanced virtualization scenario in which downtime drops by 50%.
- **Scalability.** Once virtualized, an application that needs more scalability can be moved to a server that can fulfill that requirement with little more than a few clicks of the mouse.
- **Cost reductions.** Cost reductions occur across the board, but with future deployments, customers can move to server operating systems that offer unlimited virtualization rights, extending their savings dramatically in many cases.

To get the most from virtualization technologies, keep in mind that the answer to every consolidation or availability problem may not be a single virtualization technology, but instead a combination of complementary solutions.

Hosted virtualization solutions are good options for SMBs that need to fast and securely offer mobile and contact workers. Lambert said: "The virtual machine image has all the attributes of a file, so IT staff can blow away the PC image very quickly if they need to." [9]

Virtualization has proven its *benefits* to the organization. "The No. 1 reason [benefit] is efficient use of resources," says Dan Thompson, network engineer at Young America. "Secondary reasons include ease of backups and disaster recovery." With server virtualization, an IT group can run its own backup data center or hot site at a safe distance from the main data center without having to precisely match the original hardware configuration.

The benefits of a virtualized approach to server I/O in the HP BladeSystem environment include the decrease of *management effort*. The virtualization of I/O helps reduce the time spent on issues associated with moving, adding, or changing servers. With HP Virtual Connect, the network can be pre-provisioned and the network identity lives with the bay in the enclosure, not the server. Because HP Virtual Connect saves each server profile and the server is stateless from a network perspective, organizations can get back up and running with a new bare metal server very quickly, without loading drivers and so forth.

Life would be great if you could configure and deploy your Web server and then you are going to accomplish new tasks. At start moment, your server is connected to Internet. From time to time, server configuration requires reviewing and modernizing, as new technologies and threats continuously come up. You should enlarge and maintain a list of resources on security problems and software updates relevant to your system and applications. It's important to set up a procedure for monitoring these sources of information. Not all updates will be applicable to the configuration of servers and security requirements, so it is necessary to evaluate these updates from the *applicability* point of view. The expert advice consists of installing the updates on isolated environment and run a series of trials.

Desktop virtualization eliminates the testing of multiple configurations, it increases data security and it improves system stability.

Virtualization is not a panacea. Without the right infrastructure and management tools, virtualization won't stop the complexity and inefficiency.

IT organizations will increasingly embrace virtualization in their infrastructures, allowing creation and management of compute resource pools that can be easily provisioned and changed to meet organizations' fluctuating demands and service-level commitments. Virtualization of all IT resources will play a role, including server, storage, and I/O virtualization.

Managing secure server virtualization

Similar to Web services and Wi-Fi in the past, virtualization is the present love of IT. Departments in enterprises, small- and medium sized businesses (SMB) and universities are deploying virtualization in vast numbers, looking forward to economies through server consolidation projects and reducing costs of office systems.

And like the other hot technologies of their time, virtualization is being deployed with little or no thought to *security*. The benefits that IT vendors could realize by server virtualization are more important than the real problems the technology can explain the security and compliance.

"Security is part of our DNA at Esurance," says Marjorie Hutchings, director of Internet operations at the San Francisco-based online insurance company.

Security experts say that, although the concept of virtualization is decades old, the current usage models are still relatively new and the security implications have yet to be fully worked out.

"The security issues really depend on the usage model," says Nate Lawson, a senior security engineer at Cryptography Research in San Francisco, who has done research on the security models of virtual machines.

"In server consolidation projects, there's no firewall between the virtual machines, so if one gets compromised, it can be a platform for attacks on the others. Also, some people may be putting two different virtual machines with different security levels on the same host. No one has really done a full security analysis of VMware, so it's possible that a well-designed attack could allow a compromised virtual machine to escape from its partition."

Officials at VMware challenge this notion, saying that server virtualization increases security in most cases, especially when a *hypervisor* is used [14].

The hypervisor is the software abstraction layer between the bare metal and the operating system instances that run on top of it. The question is: *how vulnerable is this software?* The stakes are high; if the primary hypervisor is compromised, it's possible to own all of the virtual machines that run on top of it. If the hypervisor becomes vulnerable, a good analogy would be building a skyscraper on a foundation of quicksand. It is not necessary to be a structural engineer to outline how that works or not!

The other issue that tends to affect security management in virtualized environments is *server portability*. It is a common practice for virtual machines to be moved from one host server to another. This allows organizations to group virtual machines on host servers in a way that makes the most sense from a performance standpoint.

This is important because virtual machine security works on multiple levels. The virtual machine itself must obviously be secured, but so, too, must the host operating system. As you can see, virtualization tends to complicate the subject of securing your servers. As long as you adhere to the various industry best practices for security, though, and are diligent about keeping your security up to date and consistent across the organization, virtualization should not cause any security issues [17].

Virtualization storage: the option for disaster recovery

Disaster recovery (DR) becomes more and more vital aspect of SME computing. In the past, it has been expensive to get one server to replicate to the other because those two servers had to be identical, so we needed the same hardware in both the main and backup locations. With virtualization technology, the hardware costs are cut down significantly, since the ability to host several machines on one server [6].

Disaster recovery plan (DRP) - sometimes referred to as a *business continuity plan (BCP)* or business process contingency plan (BPCP) - describes how an organization is to deal with potential disasters. Just as a disaster is an event that makes impossible the continuation of normal functions, a disaster recovery plan consists of the precautions taken so that the effects of a disaster will be minimized and the organization will be able to either maintain or quickly resume mission-critical functions.

Disaster recovery planning always involves an analysis of business processes and an investigation of continuity needs; it may also include specifications about disaster preventions.

Business continuity planning refers to any methodology used by an organization to create a plan for how the organization will recover from an interruption or complete disruption of normal operations. International Organization for Standardization (ISO) / International Electrotechnical Commission (IEC) 17799:2000 Information Technology is the Code of Practice for Information Security Management, an international version of the British Standards 7799-1:1999, published in December 2000 [14]. It contains major sections, one of which is Business Continuity Management (Section 11) [15]. ISO/IEC Technical Report (TR) 13335 – Guidelines for Management of IT Security, 13335-2: Managing and Planning IT Security contains requirements for procedural security, including business continuity [15, 13].

Business continuity and disaster recovery are closely related concepts that often exist as a point of contention between information technology (IT) and business management. Unlike disaster recovery, which focuses on IT infrastructure, business continuity represents the processes and procedures that an organization puts in place to ensure that essential functions can continue during and after a degradation or complete loss of critical people, processes or technology.

One big similarity between business continuity and disaster recovery planning is how quickly the plans become obsolete. Changes in core technology, such as server platform, are major indicators that a disaster recovery plan needs to be revisited. Minor changes can quickly insert as well that will put the disaster recovery plan out of alignment with organizational needs.

The *advantages* of using virtualization as opposed to going with a more traditional DR solution are [12]:

- One advantage to using virtual servers instead of physical servers is in the testing. When we build the test environment, we basically have two virtual servers running on the same hardware.

- Using virtual servers, it is easy to test because we can shut down and turn on these virtual servers easily. We can simulate server failure. We don't need remote hardware access to power down.

Disaster recovery (DR) is one of the most significant and multifaceted aspects of IT management. The responsibilities drop out IT into other areas of the business. Midmarket CIO's think how to do it in terms of manpower and money. DR planning is often based on well-known technologies such as rudimentary backup software and services. The migration through virtualization technology takes time. For the reason of reduced hardware and software costs, SMBs (not only enterprises) should request service-based disaster recovery.

Disaster recovery plan is a plan for business continuity in the event of a disaster that destroys part or all of a business's resources, including IT equipment, data records and the physical space of an organization. The goal of a DRP is to resume normal computing capabilities in as little time as possible.

The design of any disaster recovery system should be driven by the ability to make available to the business the critical systems and information systems required to conduct normal production activities, without making those systems and information available to the wrong people [13].

Virtualization is changing DR; it changed the way that data center administrators look at fundamental hardware and software considerations. Central issues are disruption, hardware dependencies and cost implications of both. First, migrating copies of workloads between physical hardware is disruptive, limits application and database availability and can potentially result in lost productivity or sales.

Companies typically absorbed the cost of duplicate hardware and upgrade expenses. Some organizations have tried to moderate this cost by omitting non-critical workloads from the DR plan, relying instead on the availability of common backups for later restoration.

Server virtualization also enables hardware consolidation, allowing multiple virtual instances to operate on a properly configured server.

A company can use different servers in the DR site and can manage with fewer physical servers if each one is running multiple virtual instances. [19]

Conclusions

Virtualization is transforming every part of data center operations management.

Server virtualization can be viewed as part of an overall virtualization trend in enterprise IT that includes storage virtualization, network virtualization, and workload management. This trend is one component in the development of autonomic computing, in which the server environment will be able to manage itself.

But equally important, these technologies can also lower costs both directly, through an immediate reduction in power and cooling costs, and indirectly (but not with a lesser impact), through a reduction in IT administrative costs associated with server hardware and the layers of infrastructure software management.

Users could implement virtualization with software applications or by using hardware and software hybrid appliances. The technology can be placed on different levels of a storage area network. Data can easily be transferred and migrated between storage resources. Virtualization permits storage resources to be altered and updated on the fly without disrupting application performance. When properly implemented, storage virtualization eliminates forgotten or partially used disks, allowing superior storage utilization.

Vendors have been selling storage virtualization tools for a while now, but server virtualization techniques have largely centered around installing thin client/fat server products in which all applications run on the server. Who wants to work on a thin client these days? Most SMBs have their employees doing a range of tasks that don't fall into any one neat category. You have to be careful about which applications you run, check their stabilities and run tests.

No matter what we implement, security is at the forefront of each project. Virtualizing servers is no guarantee of reliability. You still need to make sure that your data is adequately protected.

"Everything starts with the business!" said W. Preston [12]. A plan that protects company data and applications can stand for the difference between staying in business and going bust.

As for plans when the economy picks up, several network administrators (39%) surveyed indicated that endpoint virtualization could increase productivity. Another 27% said they believed that endpoint virtualization could decrease complexity, while nearly 40% thought the technology might decrease costs. According to the Symantec survey, nearly three-quarters of the network administrators polled are "at least considering plans to implement endpoint virtualization." [18]

Storage virtualization can be included in a virtual DR environment, but it's not a requirement for DR.

References

1. NOVELL, Virtualization in Data Center, 2006 www.novell.com/collaboration/
2. CHAD MARSHALL, Creating Business Continuity through Enterprise Storage Solutions, Realtime publishers, 2007, chap.1
3. Intel & VMWare, Virtualization Basics for SMBs, *TechTarget Data Center Media*, 2007
4. ANIL DESAI, A look at different approaches to virtualization, *Storage Magazine*, July, 2006
5. HERMAN MEHLING, Virtual desktops: Cheap and effective, *CIO Magazine*, June, 2007
6. DON JONES, Selecting the Right Virtualization Solution, Realtime publishers sponsored by SWSOft, 2007, Chapter 1
7. JOAN GOODCHILD, IT Consultant discusses virtualization for disaster recovery, *Storage Magazine*, August, 2006
8. MARK SCOTT, PC Restoration and Disaster Recovery, *Realtime publishers*, sponsored by Attachmate, 2007, chapter 4: Managing the Disaster Recovery Process
9. National Institute of Standards and Technology, Special Publication 800-34: Contingency Planning Guide for Information Technology Systems, June 2002, Section 2.2
10. NIST, Special Publication 800-12: An Introduction to Computer Security: The NIST handbook, October 1995, Chapter 11
11. Texas Department of Information Resources, Business Continuity Planning Guidelines
12. W. CURTIS PRESTON, Backup and Recovery, O'Reilly Media, 2007, chapter 24: It's all about Data Protection
13. JENNIFER MEARS, *The rush is on to virtualized servers*, *Network World*, January, 2005
14. MIKE ROTHMAN, *Preparing for security unknowns* - article in Virtualization security, sponsored by SOURCE fire and Tripware, 2009, pag.24
15. JED SCARAMELLA, *Next generation Technology Virtual I/O and Blade Servers*, Sponsored by Hewlett Packard, November 2008, 5272_215119 New VC Paper 111908, pag.1-2
16. DENNIS FISHER, *Virtual threats* – article in Virtualization security, sponsored by SOURCE fire and Tripware, 2009, pag.4-5
17. POSEY M. BRIEN, *Virtualization Offers No Escape from Security Concerns*, CIO Decisions EZINE, February/March 2009, volume 5, pag.13
18. http://www.networkworld.com/newsletters/nsm/2009/032309nsm1.html?nlhtnsm=ts_032309&nladname=032309networksystemsmanagemental
19. STEPHEN J. BIGELOW, *Virtualization concepts in disaster recovery*, Chapter 1, pag.3-4, Introduction to Virtualization E-book, TechTarget, 2009

INFORMATION SOCIETY AND KNOWLEDGE ECONOMY

Mihane BERISHA-NAMANI*
Myrvete BADIVUKU-PANTINA**

Abstract

Today, technologies have changed our social and economic life. Society is becoming “knowledge society” and information and communication technology has played an important role. The economy is evolving out of classic model of the economy in the new economy known as “knowledge economy”. Information and communication technology is bringing changes to various sectors of economy. Business is undergoing a fundamental structural transformation and traditional business become more dependent on Internet related technologies. This paper describes the role and the importance of the use of information technology with special emphases how economy and business can benefit from information technology. This technology play a key role and influence society and have a great impact in all spheres of economy. This components are described and discussed while the use of this technology for business purposes are proposed as necessary.

Keywords: *information society, knowledge economy, information technology, information and knowledge.*

Introduction

In 20th century, which was the century of industrial civilization, the global economy was characterized by transformation of physical products, massive production and domination of material factors (basic material, work object and labor force). Today, as a result of rapid development of information technology and its application, very fast came to a transformation of industrial society into an information society, thus the increase of importance and role of information and knowledge. In a information society, the information and knowledge have gained the role of “power” and “money” and become “the most precious merchandise” ever seen. The classic economy is transformed into knowledge economy, which is based on the use of computing networks and virtual spaces. In the knowledge economy the electronic business is offered as an alternative to classic business, which was based on paper work and direct and physical communication between individuals and enterprises. Working in information based business environment and aiming the internationalization of the business, enterprises are being provoked to develop a business policy based on the use of information and of new information technologies transforming their business from the classic to a digitalized business. These technologies will continue to play a key role in changing the society and economy in the 21st century.

Information society

During the last years, more and more is being used the expression “knowledge society” or “information society”. Development of knowledge society is a result of the development and application of new technologies, especially of the Internet technology. Various authors make the connection of this expression with the increase of the use of information and computers, especially of PC-s and Internet. While the sociologists claim that the information society is a society where

* Assistant Professor, Ph.D., Department of Economics, Faculty of Economics, University of Pristina, Kosova (e-mail: mihane_berisha@yahoo.com)

** Associate Professor, Ph.D., Department of Economics, Faculty of Economics, University of Pristina, Kosova (myrvetebadivuku@yahoo.com)

people are connected to each other through network, and they are massively using the information and communication technology, the economists claim that information society is in fact a society where the information sector and computerized technology is massive and the number of employees who are doing knowledge based work is also increasing.

In a information society we see the increasing role and significance of information and knowledge, which are becoming producing factor like it was the case with materials and energy in the classic (industrial) economy, and for the first time the brain becomes the main “production power”. According to business professor Peter Drucker, the contemporary changes shouldn’t be understood only as technical and technological changes, but should be also seen as a complex of technical, economical and social changes [3]. In the information society and in knowledge economy, the non-material factors (information and knowledge) are seen as main resources, which are determining the direction of the development of society.

It is important to note that changes of our time can be compared with the changes that occurred when agrarian society was changed into industrial society [2]. But, while for previous technologies like: steam engine, electricity, telephone, electronic pipe, television, car industry etc, were needed decades to reach the critical point of their use, the Internet achieved this within a few years¹.

In the information society, usage of information and communication technology affected the rules of society, human and business relations. Information becomes important source and gained the role of “power” and “money” [V. Milicevic:2002:12] and is seen as “precious merchandize” in the market [3], where the information technology become a factor of success and efficiency in business [M. Berisha-Namani: 2004:58]. Therefore, all the problems of knowledge and lack of knowledge have to do with information.

While in the industrial era the dominating factor was material and it was imperative to have physical capital: factories, railroads, electric power plants, etc, and to have physical resources transformed into a final product [4], now in the knowledge society and information era the dominant factors are non-material: information, knowledge and system of management [M. Mustafa:1995:12].

These changes in society in global level are not only as a result of the increase of the role and significance of information, but also a result of the use of information technology for information processing. In fact information technology² is a vital feature of the move to a knowledge and information society and has played a central role in enabling the growth of the knowledge where knowledge³ is becoming the key resource and global product [5]. Technology and knowledge are now the key factors of production [6].

Information technology and Internet are transforming the way how we work, how we develop business and how we live [7]. New technologies⁴ influences economy and organizations in a variety of ways and has a significant effect on the structure of the organizations [T. Lucey:2005:298]. Today, information technology is integrated into the work of all sectors of the organizations [John.F.Nash:1988:368].

¹) Radio existed 38 years before it reached the number of 50 million users. TV technology needed 13 years to reach this number of users. PC reached 50 million users in 16 years, while Internet from the year when become a general good (1992), reached this number in only 6 years.

²) In the broder sence information technology refers to hardware and software that are used to store, retrieve and manipulate information. Information technology is a generic term covering computers, broadcasting, information systems and telecommunications and computer networks.

³) Knowledge can usually be represented in terms of facts about the world, procedures or rules for manipulating facts and information about when or how to apply the rules or procedures.

⁴) New technologies includes information and communication technology, information systems, telecommunications and computer networks.

It is clear that in the information society took place the transformation of structure and functioning of economy, as well as the transformation of the business in new models and forms, and today, we speak about the economy which is based on the use of information and communication technology and is known as the new economy or knowledge economy.

Knowledge economy and new trends in business

In the era of knowledge society, the rapid use of information technology is transforming the economy from classic economy to a new economy and is affecting the way how the business is developed in general by making new trends of business transactions. Entire industries have changed, and are created new forms and models of business, new products and new services unknown before. Knowledge economy⁵ is economy of Internet and is characterized with flexibility, cooperation and fast interactivity between individuals [B. Djordjevic: 134]. With the increase of the quantity of information and knowledge and with intensification of the use of information and communication technology in business are created new possibilities for the development of business.

Experts of economy say that the rule of behaviour in the knowledge economy is not shaped according to physical laws and the way how the human wellbeing is formed has been transformed from the physical labor to the information and knowledge based labor [4]. Knowledge economy consists of digitalization of products (books, films, newspapers, games, discs, etc.), electronic services as well as electronic business, which implies the transactions via network. Knowledge economy is dynamic and global and there predominate a general competition, which urge enterprises to face various challenges: such as to fit in new market conditions, reengineering of business processes and creation of new industries. [P.Fingar&R.Aragona:2001:266]. Under these circumstances, enterprises are provoked to develop a business policy which is based on information and the usage of new information technologies, and to transform their businesses from the classic model to the digital model, which is completely realized via Internet and computing network⁶.

According to Terry Lucey, electronic business became reality thanks to the development of Internet⁷ as an international network of computers and as a massive medium and as a result of development of certain Internet access tools [T. Lucey, 2005:244], i.e. World Wide Web (WWW), e-mail, voice mail etc. Computer networks and especially Internet with its service known as WWW enables the enterprises to improve their communication with costumers, business partners and with other business entities.

By developing the business globally and by transforming it from the classic business to the digital business, by producing new digital products and services, and by offering electronic goods and services which didn't exists before, the enterprises realize their earnings or at least a major portion of incomes from business transactions with digital products and services. The competition

⁵ Except the expression, knowledge economy, it is used also the expression new economy, Internet economy, information economy, virtual economy, web-economy etc. in all cases the goal is to show the role of non-material resources in the information society and to make the difference with traditional economy.

⁶ Apart from the predecessor of Internet, ARPANet known since 1968, the real impact of Internet in business started in 1993, and although in the beginning was not clear what is actually offering this new medium, its application eliminated time and spatial limits in communication and enabled the transformation and flow of documents electronically independently where was the location of the users.

⁷ The Internet is for businesses of certain interest. Not only because it is an outstanding market place, but also because provide a chance for the company to show their capability and superiority and to gain competitive advantage.

between classic enterprises and digital enterprises is being developed in the field of fulfillment of the needs and wishes of costumers, because in the information society and new economy, the costumer is “major power”, which creates values for the enterprise [B. Djordjevic: 139]. However, research and practice shows that through collaboration and sharing knowledge companies can serve customer needs a minimum of wasted effort or assets [G.J. Cross: 2000:36-39].

In the knowledge society and the knowledge economy where all transactions are done electronically and online, the electronic business is offered as an alternative of the traditional business, which was based in using paper and direct physical contacts with other individuals and enterprises. Time and space differences in communication are eliminated, and now it is provided fast transportation and communication, free flow of information, knowledge and capital even in most isolated parts of the world. As a result of cooperation and innovations⁸ in the field of information technology, it is created a synergy which provides the growth of quality of products and services, and shortens the time of appearance of products in the market and their sale [V. Milicevic: 2002:90-95].

Cooperation between business partners connected in network is resulting with a great impact in gaining competitive advantages, growth of productivity and increase of electronic support in decision making process [James O.Hicks:1997:17]. Information and communication technology help organizations to create linkages with suppliers, service providers and customers and they make it easier for organizations to orient themselves to environmental changes and to respond faster to these changes.

Worldwide, current trends in the knowledge economy and in the field of electronic business which are generating new types of business partnership as well as new ways and opportunities for success in business, are showing exponential growth and it is estimated that within few years the incomes generated as a result of online business transactions will be several billions of dollars [V. Milicevic: 2002:29]. Therefore, those who know to use these technology and effectively apply it in their economy and business will be at a competitive advantage [James O.Hicks:535].

Conclusions

In the information society and in the knowledge economy, the business can be successful and can provide sustainable incomes, only if the companies in time become part of regional and global processes and integrations and do apply contemporary way of doing business, based on information technology and known as electronic business.

By transforming the business to the computing networks and by supporting new forms and models of business, enterprises will gain the growth of productivity and decrease of expenses, good partnership, cooperation and fast interactivity with business partners, enterprises and individuals. Information technology is playing an important role in the processes of transformation of society, economy and business at global level and became a factor of success and efficiency in business. On the other hand, information's processed through information technology became as important resources as material and energy used to be. The fast development of new technologies and their fast application seems that will continue to have impact in the future.

⁸ Most of information technology becomes absolute approximately only few years after it was introduced requiring organizations to change to new technologies.

References

1. Berisha-Namani, Mihane: *Business Informatics-Lectures*, Prishtinë, 2004
2. Cross, G.J.: *How e-business is transformin supply chain management*", The Journal of Business Strategy, 21 (2)
3. Combs, Martin: *Information Systems for business management*, Pitman Publishing, London, Great Britain, 1998
4. Drucker, Peter: *Beyond the Information Revolution*, The Atlantic Online, 1999 [www.theatlanticonline.com]
5. Fingar P. & Aragona R.: *"The death of "E" and the Birth of the Real New Economy-Business Models*, Technologies for the 21st Century, Tampa, USA, 2001
6. Grupa autora: *Informatika u poslovanju*, Sveucilište u Zagrebu, 2007
7. Hicks, O. James: *Management Information Systems*, 3rd Edition, USA, 1997
8. Lucey, Terry: *Management Information Systems*, 9th Edition, Thomson Learning, London, 2005
9. Miličević, Vesna: *Internet Ekonomija*, FON, Beograd, 2002
10. Mokyr, Joel: *The Level or Riches-Technological Creativity and Economic Progress*, New York, 1990
11. Mustafa, Muhamet: *Kibernetikë dhe hyrje në informatikë*, Prishtinë, 1995
12. Nash John F.: *Accounting Information Systems*, 2nd Edition, USA, 1988
13. [http://www.knowledge-bank1.org/upravljanje_novim_tehnologijama_fps_3_mp_05/lekcije/lekcija4.htm]
14. [<http://www.gom.cg.yu/files/1162214375.ppt#280>]
15. [<http://www.postdiploma.cg.yu/Informaticka%20ekonomija.ppt#385,3>]
16. [http://www.e-student.hr/bpc/files/Strateski_izazovi.pdf]
17. [http://www.med.govt.nz/templates/page_10117.aspx#the%20knowledge%20society]
18. [<http://www.enterweb.org/know.htm>]
19. [<http://www.technology.gov/digeconomy/topics.htm>]
20. Samuel John: *What is the Information Age?* Available at: [<http://www.safari.oreilly.com>]
21. James W. Cortada: *21st Century Business*, 2000. Available at: [<http://www.safari.oreilly.com/0130305693/pref02>]
22. [http://www.uni_lj.si/EvropskiProjekti/EvropskiSkupnostniProgrami?ict-wp-2007-08_enpdf]
23. [http://www.pravokutnik.net/skriptarnica/2.godina/SKRIPTA_INF.doc]
24. [<http://dzs.ffzg.hr/text/Uvod%u%20informatijske%20znanosti/index.html>]
25. [http://www.knowledge-bank1.org/upravljanje_novim_tehnologijama_fps_3_mp_05/lekcije/lekcija4.htm]
26. [<http://www.poslovniforum.hr/projekti>]

INFORMATION SOCIETY-KNOWLEDGE SOCIETY: THE IMPACT OF THE "DIGITAL INEQUITY PHENOMENA", SOCIAL STRUCTURE, NEW LIFE PATTERNS, VIRTUAL ORGANIZATIONS, ACTIVITIES, BUSINESSES, PROGRAMMES, COURSES AND THE ECONOMIC EFFECTS.

Nicolae DAVIDESCU*
Delia BĂBEANU**

Keywords: *Information Society, Knowledge Society, Society of Truth, Spirit, Conscience and Morality(STSCM), IT&C, Digital Divide, digital inequality phenomenon, SITM, LONG-LASTING SOCIETY, Tele Centre, Cybermarketing, TeleEducation, TeleShopping, TeleMedicine, e-goverment, e-commerce, e-banking, entertainment systems, teleshopping, telelearning, mobile telephony, virtual telecommunities, Telecottage, Electronic Village Hall, Community Telecommnications Center, Distance Education, Distance Learning, Open Learning, Open and Distance Learning, E-education, Virtual Organizations, virtual team, electronic business solutions (EBSP), leap-frogging.*

Introduction

The utility of this work can be justified by the following arguments: **(1) What matter does the paper cover?** The work fulfills the whole IS-KS area by inserting, describing and explaining the key concepts of IS-KS : Globalization, Development and Information Society, the Impact of the "Digital Divide" and "Digital Inequality" phenomenon, Information Society–Knowledge Society, Definition, Objectives and Strategies, Social Structures and New Life Patterns in Information Society, Virtual Organizations, Activities and Businesses, Strategies, Programmes and Courses of the Information Society Approach, plus The Economic Effects Foreseeable through the Implementation of Information Society–Knowledge Society. **(2) Why is the studied matter important?.** The studied matter is important due to the definition, the fundaments and analysis of the new type of societies: Information Society, Knowledge Society, Society of Truth, Spirit, Conscience and Morality(STSCM) and Long-Lasting Society. In additions, a series of concepts and capabilities are explained as: Tele Centre, Cybermarketing, TeleEducation, TeleShopping, TeleMedicine, e-goverment, e-commerce, e-banking, entertainment systems, teleshopping, telelearning, mobile telephony, virtual telecommunities, Telecottage, Electronic Village Hall, Community Telecommunications Center, Virtual Organizations, virtual team or electronic business solutions (EBSP). **(3) How does the author intend to answer to this matter?.** The contents of the actual work in the Master's Degree, named "Information society and it's economical effects", by Davidescu N, presented at Romanian Academy in June 2008. **(4) What is the relation between the paper and the already existent specialized literature?.** The relation between the paper and the already existent specialized literature consists in a systematic approach of the IS-KS issue from the informational, economical and social point of view. In Romania research has been done at Romanian Academy, ASE Bucuresti and diferent scientific organizations. The upcoming solutions are theoretical and practical seen by the point of view of IS-KS specialists.

* Professor, Ph.D., Department of Management Information Systems, Academy of Economic Studies of Bucharest (e-mail: nicolae_davidescu@yahoo.com).

** IT specialist, Ph.D. candidate, Department of Management Information Systems, Academy of Economic Studies of Bucharest (e-mail: delia.del@gmail.com).

Literature Review

In the IS-KS domain exists a specialised literature, formed due to various studies, treatises, articles, research done by specialists, professors and different academies and universities. The most notable work has been done by the team led by Filip Gheorge from Romanian Academy, Professor Rosca I.Gh from ASE and various research done in West Europe and USA. Our contribution consists in the analysis of some global phenomena, like globalization, development and join with Information Society. We can add the impact analysis of “Digital Divide” and “Digital Inequality” Phenomenon, plus definition, objectives and strategies for Information Society–Knowledge Society. In addition, contribution in fundamenting and quantifying solutions are presented for operational solutions regarding Virtual Organizations. Activities and Businesses, Strategies, Programmes and Courses of the Information Society Approach, plus the Economic Effects Foreseeable through the Implementation of Information Society–Knowledge Society.

Theoretical Background

With priority are used concepts, factors, quality analysis, methodology, standards, methods and technologies for identifying individual and society interests, promoting, implementing and de-zvolting IS-KS specific structures.

Section 1, entitled “Globalization, Development and Information Society”, contains the description of the amplitude of the globalization phenomenon, the interconnections globalization-global economy substructure, the analysis of the phenomenon concerning the development of the electronic industry and IT&C. Subsequently, the problematics concerning the world countries vs. the development tendencies of the IT&C field are presented. The conclusions concerning the phenomenon of globalization, refer to the following aspects: (a) the dramatic increase of the information transfer flow at the global level, at the same time with the exponential development of the IT&C components and the global substructure of telecommunications, among which the main part is played by the Internet system; (b) the massive increase of the international cash flows and ISD; (c) the significant increase of the international trade volume; (d) the rapid development of the global financial markets, considered to be a “weightless economy”; (e) the creation of “Porteris clusters”, a new “digital geography”, generated by innovation and technological clusters, actually made up of interdependent assemblies of competences, capability and local capacity; (f) the decrease in action and importance of the economically developed countries, in the favour of STNs and international bodies (UNO, IMF, Global Bank, OMC, OECD etc.), at the same time with the increase of the STN importance for the global trade; (g) the externalization of the activities of marketing, production and services, the creation of a new international financial and industrial structure; (h) the increase in number, applicative and restrictive force of the universally applicable standards; (i) the increase of legal and especially illegal migration of people and labour force, at the same time with the accentuation of “brain migration” to the most economically developed countries; (j) the optimization of the cultural relations at the global level, the informatic facilitation of the access to the universal cultural values, by implementing the concepts of “multiculturalism”, “mobility” and “interchangeability”; (k) the universality of the English language and Anglo-Saxon concepts. In this section, are also presented the drives of globalization: scientific and technological innovations and the ampleness of the development of the electronic industry (drive I), the implementation and generalization of the usage of Digital Economy (drive II), the present politics of a neo-liberal type, considered to be the

motive power of the globalization phenomenon (drive III), and the implementation and generalization of the usage of IT&C (drive IV).

Section 2, “The Impact of the “Digital Divide” and “Digital Inequality” Phenomena” starts with the analysis of the “digital divide” phenomenon, regarded as the virtual distance between individuals, generally considered, or geographical areas, seen at various economic and social levels, from the viewpoint of the common perspective on their opportunities, depending on the access to the facilities provided by IT&C and the usage of the Internet system for the whole range of human activities. These reasons have led us to the solution of treating this phenomenon from the viewpoint of the following essential aspects: (a) the “digital divide” phenomenon and its impact on the contemporary world; (b) the ampleness of the “digital inequality” phenomenon and (c) the effects of the “digital inequality” phenomenon.

Section 3, “Information Society–Knowledge Society, Definition, Objectives and Strategies”, contains the analysis of the human society evolution, seen as a systemic complex of interpersonal relationships, a historically determined uniform assembly, resulted from mankind’s activity to produce material goods and spiritual values, necessary for the individual and collective living. The Informational Society is strongly marked by the revolution in the IT&C domain, the political actions and the innovative spirit.

Information Society will ensure the democratization of the association, agreement and co-operation, by means of global data communications, public data and information transfer at a world level, on line co-operation by means of the Internet and/or other types of networks and IS with a global character, with a view to achieving complex data processing, addressed to all the categories of professional/non-professional users.

The concept of KS (knowledge-society) revolves around the society based on knowledge (knowledge-based society or knowledge-based economy). Knowledge Society has the following particularities: (a) the extension and thorough study of scientific knowledge and the truth about knowledge; (b) the maximum dissemination of knowledge for all people, mainly by the Internet, electronic books and e-learning; (c) IS-KS is represented by the parallel concept named “the new economy”, characterized by profound innovation processes, defined by the assimilation and transformation capacity of the innovative knowledge, for developing new products, services and symbols; innovation will be the powerful and profound determinant in KS, by aiming at increasing productivity in respect to the energetic, material and natural resources and the protection of the environment, for which reason, in this new society, the companies that bring technological innovation, on the basis of some proper and particular knowledge structures, will be favoured and determinant; the innovative companies will be created by the co-operation between the companies of different sizes and academies, private/governmental research institutes etc.; (d) “the new economy” is focused on maximizing the influence and usage of the Internet system, seen as the principal market for IS-KS, at the same time with increasing the importance of the value of assets, within which knowledge will play a special part; (e) IS-KS will be of an ecologist type, because it will lead to developing goods, services and symbols by scientific and technological knowledge, plus their combined management, with a view to implementing some technological and biological organizations and transformations, meant to save the accomplishments of the human civilization; (f) IS-KS will be a new stage in the human culture, given the fact that the culture of knowledge will become primordial, at the same time with the involvement of all the forms of knowledge (technical, economic, architectural, literary, artistic, philosophical etc.). In the future, mankind has

to approach and think over the perspective of founding a society of **the second generation, the society of truth, spirit, conscience and morality (STSCM)**.

The main managerial, cultural and social vectors are: the knowledge management for organizations of any type, kind or size, the management of moral usage of knowledge at a global level, the educational system based on the IS-KS methods (e-learning), the healthcare system at the social/individual level, studies of biological knowledge of genomic interest, the increase in using some fundamental factors of human knowledge, the protection of the environment, meant to ensure a **LONG-LASTING SOCIETY**, by increasing the usage of the management specific for knowledge. IS-KS will be able to be achieved under the conditions of the existence of an **“Information State”** that will use the concept of “e-government”, by means of which will be developed and used new technologies in the fields of data communication and information technology at a national, regional or global level, addressed exclusively to the functions of the state and oriented towards the information requirements of the citizen; there will be used the concept of “e-commerce” by which the techniques of e-purchase will be monitored, at the same time with the usage of some specific technologies and an adequate pan-European legal frame. The information state will be characterized by the concept of **“e-participation”**, addressed to the people with disabilities, and by the access to the communication, media and information substructures for people with disabilities. There will be implemented **home activities addressed to the citizen: (a) new forms of working** (telecommuting, virtual office, telework etc); (b) **e-activities** (virtual community, TeleCentre, Cybermarketing, TeleEducation, TeleShopping, TeleMedicine etc). Information services, such as **e-goverment, e-commerce, e-banking, entertainment systems, teleshopping, telelearning, mobile telephony** etc. will be implemented.

We propose an original solution concerning the approach, design, completion, implementation and development of some global information systems (GIS). These types of systems will be developed at different structural links at the country level (national, territorial, branches/domains of activity and/or local etc.) or at the trans-national level (global, continental, zonal, regional etc.). SIM¹ will have a concentric architecture and, in a consequently descendant approach of the top-down type, will contain various types of information systems²: global IS, continental IS, regional/zonal IS, national IS, territorial IS, IS on activity fields, IS for human habitations, IS for economic agents or organizations of any type/size/importance/level of geographical distribution and IS for natural persons/residences/households.

Section 4, “Social Structures and New Life Patterns in Information Society”, approaches the time-space paradigm of IT&C, which will allow for every “user” to be connected to a IS³ of a certain level, size and complexity; deep changes will take place within the fields of organization and work processes, by the introduction of some new social structures and life patterns. IT&C and IS-KS will induce fundamental changes within all the fields of the economic and social activity, by altering life and work style, at the same time with recording some beneficent influences on personal and social life.

¹ The notations used for SI at a global level are the following: SIM: global SI, SIC: continental SI, SIR: regional SI, SIN: national SI, SIT: territorial SI, SID: SI for activity domains, SIAU: SI for human habitations, SIAE: SI for economic agents, SIPF: SI for natural persons/residences/households.

² Davidescu, N., Global Information Systems Development by Object Oriented Design (UML Language), Scientific Symposium, Romanian-American University, Bucharest, May 26th 2005

³ IS: Information System

IT&C will imply various changes of a physical, functional or organizational nature within all the structures of society, by changing the social structure, workday, work form structure, governmental, business, commercial, educational, informational and organizational structures⁴.

The interaction between IT&C and the flexible work forms induces a triple perspective: organizational, temporal and spatial. The new work forms are influenced by IT&C through: work flexibility, the quantity of teleworking, the time vector, teleworking and voyages. There will emerge new forms of interior design, endowment with computing techniques and telecommunications, including the emergence of new transport solutions for eliminating the time and space restrictions of the telecommuters' circulation, with foreseeable implications, in time, on the dimension and structure of the transport systems. The influence of IT&C on social change leads, in our opinion, to the emergence and strong influence of social informatics, seen as the science that uses a finite set of concepts, technologies, CASE design instruments, Internet software facilities, computing systems-telecommunications of national nature, associated software-firmware technologies, specialized staff, elements that allow the design of IS and their usage in the field of IT&C, in interdependence and dynamic-functional connection with the social, cultural, institutional, organizational, managerial environment, the public access to information of social nature, scientific communication by e-journals, the public access to the Internet system, the usage of this system for performing some activities of social nature, **e-activities** (e-commerce, telework (for managerial and commercial purposes, telephone operators and offices etc.), telecommuting, cyberMarketing, teleShopping, teleEducation, teleMedicine etc.), **new organizational structures** (virtual office, virtual community, teleCentre etc.)⁵.

Social informatics will influence public life at a global level by the worldwide usage of the Web technology, by means of which people everywhere will access and get the information they need, in different forms and formats, in real time, at minimum costs and delivery time; the total replacement of the classical education by the active instruction with on line access to the Internet is to be expected. It will thus lead to the design and implementation of some IS based mainly on the facilities of the Internet system and IT&C, seen as **technical-social-virtual networks (TSVN)**, which will ensure the development of some informational and electronic spaces, the generalization of e-journals, the extension of the discussion forums, electronic systems of teleconferences etc. It is expected to emerge practical solutions concerning the **info-social-virtual cells of administration (IVCA)**, made of various elements, fundamentally based on the facilities of the Internet system: human structures, informational structures, organizational structures, managerial structures, training structures, information structures of the hardware type, information structures of the software type, usage techniques and methods etc. In our opinion, we can talk about various types of social access to the IT&C and Internet resources: social access at the personal, organizational, regional, departmental, political and scientific level.

Telecommuting is a multiply characterized concept: (a) telecommuting means "working a day or two per week in a secondary office or at home, being electronically connected to the headquarters"; (b) telecommuting is considered to be a long-distance work form; (c) telecommuting is working at distance, which means that a person can perform their work from a different place than the one where is/are the person/people who directly monitor them and/or pay them for the work they performed; (d) telecommuting is working at distance, combined with telework; (e) SCAQMD and TAC define telecommuting as "homework or work in a satellite work

⁴ Rosca Gh. Ion, Marian Stoica, New Work Forms and Activities in the Knowledge and Information-based Society, in the volume "Information Society-Knowledge Society, Concepts, Solutions and Strategies for Romania", Expert Publishing House, 2001.

⁵ Davidescu, N., Internet-Shopping Operations by Local Virtual Networks (VLAN), Informatic Opportunity for Developing Countries, 2005

centre (an alternative workplace), by using means of electronic communication or of any other type for staying in touch with the regular workplace”; (f) “Telecommuting is homework or work in an alternative workplace, by using means of electronic communication or of any other type for staying in touch with the regular workplace, instead of the physical movement to a farther workplace”.

Virtual telecommunities have real advantages from the viewpoint of the facilities of working in the on line system; these represent the complex combination of some fundamental elements⁶: (a) RC of a LAN, MAN or WAN type; (b) hardware equipment and software instruments that allow communication by the Internet system; (c) the usage of some informal and informatic rules of establishing the quality and rights of the COV; (d) systems to authorize the access to the Internet system; (e) systems to protect the work on the Internet; (f) the co-operation between the VCO members with a view to producing goods and services; (g) the intensive and extensive usage of VCO with a view to practically reach the short-, medium- or long-term targets, with a tactic, strategic and operative character; (h) the usage of firmware, by means of which particular and specific procedures are carried out.

Section 5, entitled “Virtual Organizations, Activities and Businesses”, brings to the foreground the concept of **virtual organization (VO)**, also known as e-organization. **VO** represents complex configurations of dynamically structured companies, geographically dispersed, with a variable degree of independence, which generate superior performances by adapting to the dynamics of home/international markets, as a result of strongly involving the IT&C facilities and the variability of the organization forms and manifestation typology of the network-like organization and the digital economy. **VO** is a system by means of which the component functional entities have potency and multiple superior capacities, due to a synergetic adaptive and dynamic phenomenon⁷. **VO is based on several fundamental elements**⁸: (a) objective; (b) connectivity; (c) technology; (d) delimitation; (e) information substructure and (f) meta-management. **The VO characteristics** consist in adaptability, dynamics, organizational optimum, the involvement of common synergies. **The minimum conditions for providing VO inter-operationality** are the following: (a) the identification and attribution of a profitable business, compatible with the potential VO members; (b) the acknowledgement of synergic competences; (c) the co-operation and mutual trust of the VO members; (d) the possibility of the maximum usage of IT&C for rapid and efficient connection of the VO members; (e) the possibility to implement new virtual organization solutions: virtual teams, virtual projects, temporary/permanent VO, minimum/average/maximum virtualization, VO made of company networks, virtual industrial company, virtual corporation.

Virtual activities essentially contain virtual work and virtual team, elements focused on **virtual work** organization, regarded as an optimizing planning of business networks, meant to bring a maximum degree of virtualization in the form of VOs, being a basic component in the so-called “business network” system, by which we understand cooperative strategy elaboration and management, and innovative strategies quantification. Under such circumstances, there appear and develop **the network organizations (NO)**, which have as essential objectives the creation and transfer knowledges, regarded in the sense given by IA. The NOs accomplish the role of creating an environment for social exchanges, being tributary to some fundamental principles that allow

⁶ Bogdan-Ghilic Micu, Marian Stoica, Virtual Organization, Economic Publishing House, 2004

⁷ Bogdan-Ghilic Micu, Marian Stoica, Virtual Organization, Economic Publishing House, 2004

⁸ Rosca Gh. Ion, Marian Stoica, New Work Forms and Activities in the Information- and Knowledge-based Society, in the volume “Information Society-Knowledge Society, Concepts, Solutions and Strategies for Romania”, Expert Publishing House, 2001.

the conceptual definition of virtual work: (a) integration levels; (b) voluntary connections; (c) NO members; (d) multiple leaders; (e) cooperation. The VOs are able to develop strategic partnerships focused on the co-evolution of synergic community members, through business ecosystems; the “eco” attribute defines the efficient collaboration substructure of the VOs, from the viewpoint of attracting competences, skills and global opportunities, accomplishing objectives, lowering costs, permanent transformation, trans-frontier action, global presence.

The essential characteristics of the VT are⁹: (a) VTs are created according to the principles, structure, organization and management of the real teams; (b) VTs are partially made up of truly virtual elements; (c) VTs guarantees the finalization of the contracted projects; (d) the assignment of a maximum importance to the trust in the hired staff.

“Outsourcing” and electronic business refer, in the virtual context, to the specificity of electronic business and to the universal standards of electronic business for reporting, informing and analyzing.

There appears the orientation towards electronic businesses addressed to clients at a global level, derived from technological platforms that came from the VO’s exterior or contracted from the exterior, through the phenomenon called **“outsourcing”**¹⁰. The “plug & play” abilities especially created for business software become available and ready to be delivered by service dealers–(ASP) or for **electronic business solutions (EBSP)**.

The origin of VO reference processes resides in the typical primary activities and operations that set the system of creation-supply of the financial reports. They are particularly used at a global level the GAAP, IAS and IFRS accountancy standards which present considerable layout and content differences; the financial statements have a different significance, which implies making some conversions between the standards, with a view to guaranteeing the comparability between the financial reports obtained through various standards. Business globalization demands a similarity between the semantics of financial indicators and reports, even if these are obtained by applying some different standards of reference. The syntactical level considers the methods of registration, presentation and transfer concerning the financial informing, while the empirical and physical levels are ensured through the technical structure employed by AI developed on the Internet. The paper proposes the usage of the **XBLR electronic business standard**. The reference oriented on the XBLR standard employs the financial report concept created and compatible with the Internet/Intranet/Extranet systems¹¹. XBLR is a system of reports, totally compatible with the capacities of the Internet system, being the result of some professional organizations’ research, the most representative being ICPA/IACP¹².

Section 6, entitled “Strategies, Programmes and Courses of the Information Society Approach”, starts with the description of the NSRPO project, which determines the implementation in the **National Society of Romanian Post Office** of a computerized network created for “pay desk” operations with national practicability; the NSRPO network will computerize periodical and random activities specific to the National Society of Romanian Post Office. The regular activities computerized through the NSRPO will consist of payments of toll and tax, payments for water and sewage services, payments to the suppliers of electric power and thermal energy, gases, sanitation, and will consist as well of the creation of some payments for commercial services (such as the selling of products and services, the progress of some saving and

⁹ Stoica Marian, Ghilic Micu Bogdan, Types of Work and Informational Activity, ASE Printing House, 2000, ASE Library, quota 122140

¹⁰ Business services and European Integration, 1999, ASE Library, quota 108713

¹¹ Intranet Product Site, http://tips.iworld.com/_frames.shtml/main/html

¹² ICPA/ IACP: American Institute for Public Accountants

consignment operations, the FBM services, the selling of insurance products and pensions, the transactions for mutual/investment funds etc.); the payment to the providers of fixed and mobile phone communications, Internet services, radio-TV, CATV programmes, of local-urban-interurban transport services, associations, the payment of some leagues-clubs dues will also be computerized.

We further describe the main projects, systems and services computerized in Romania among which we mark: the informatic services of information dissemination, **the project called “The Implementation of Evaluated Technologies of Communications”**, the information system concerning the labour force, the information system for the electronic referendum, the informatics system concerning the public acquisitions (**e-ap**), the project concerning the creation of on line video conferences, the informatic project concerning the creation of “Cyber Centres”, the information system concerning the customs services, the information systems dedicated to management processes modernization, the information systems for invoicing with the help of web technology, the project called “The Implementation of Digital Data Funds and The Creation of Digital Libraries”, the information integrated systems of the local public administration, the government focused on the IS-KS (“e-government”) and the computerization of the FBM domain. This computerization of domain is focused on the following objectives: payment methods computerized through the electronic currency, the use of SWIFT system, the systems of the dealer account and the electronic checks, the use of smart cards, the operation of FBM transactions using electronic money (it implies the use of some technologies exclusively dedicated to the IS-KS: ATM, electronic wallet, virtual wallet and e-cash), the implementation of the electronic wallet card manageable in the European Community (CAFÉ), the implementation of the virtual store, the use of **digital signature in the FBM and the financial accounting domains**, **“the electronic office holder” (electronic- banking, Internet-banking, mobile-banking, UniBank, e-Bank) and the TeleBanking services.**

In our opinion **the complete definition for the e-learning system** may be: the system that allows learning that concentrates on information technologies, being the system able to deliver information (data, knowledge, media etc.) on all types of hardware systems (any type of computers, RC, Internet, Intranet, Extranet) and software tools (BD, BC, BF, BG, indexes etc.), by means of technical data supports (hard-disk, floppy-disk, memory-flash, video-cassette, CD etc.), with a view to implement an on line learning system (on line learning/ web learning), and with the implication of some actors (teacher, tutor, instructor, pupil, student, master, doctor, trainee etc.) and some classical education systems (schools, high schools, universities, national academies, research institutes etc.)

The characteristics of the e - learning systems are: (a) providing multiple interactions between learning and informatics; (b) using the IT&C coupled with other informatic elements; (c) the possibility of trans-academic and trans-national relation with other educational actors; (d) providing the minimum time of assimilation, distributed training, low costs of the operative working, style and productivity in the assimilation processes, learning efficiency, group learning possibility, but only through an organized national/international system, (e) access to the information stored and applied in a large variety of formats and appearances, in the form of data, knowledge, media.

The main purpose of the e-learning system is to ensure an integrated initiative meant to determine the implementation of the following key-functions: (a) the implementation of an e-learning system in the areas of management, business and competitive development; (b) the adequate implementation of some direct programmes of LeaderShip and Business Management; (c) the creation of a programme exclusively associated with the development of functionality, efficiency and modernization of the client company executive which will regard the centre of the

managerial competences by activating a strategy game based on the company's initiatives, anticipations and fundamental changes, parallel to the possibility of applying the e-learning processes; (e) the formation of a professional management-decision making team; (f) on line support for the employees of the beneficiary company, for the managers and the functional services employees (it is carried out through the dynamic, continuous and real time interaction with the instructors of the organization which delivers relied services for the e-learning processes).

Section 7, entitled “The Economic Effects Foreseeable through the Implementation of Information Society–Knowledge Society” contains the description of some effects that we consider IS-KS will be able to generate and that will have or not a beneficent role on mankind. It has been observed a number of 14 effects that include in their turn other effects. The synthesis of these effects is the following: (1) **general economic effects**; (2) **digital business organizations in virtual organizations**, in the context of digital economy and IS-KS; (3) **initiation of some alternative economic systems and the comparative and competitive advantage that the electronic commerce generates**; (4) **the change of the game's rules in the prices fixation at the same time with the electronic commerce influence on the consumers in the age of globalization and IS-KS**; (5) **the emergence of the cybernetic consumer and the role of the Internet-Intranet-Extranet tandem**; (6) **the change of the competition's character in IS-KS, at the same time with the emergence of a new tendency towards monopolization and fusion in the field of IT&C**; (7) **the diversification of the electronic markets, media manipulation and Internet subculture**; (8) **the maximization of the role of intangible assets and their management, as well as the amplification of the role of knowledge and knowledge management**; (9) **the influence of the creative work and new perspectives concerning the work in e-economy**, as well as the change of the character of the financial markets and the emergence of “competent money”; (10) **the emergence of the creative age and economy, at the same time with the maximization of the intellectual property's area and influence**; (11) **perspectives of the “leap-frogging” division and the “next generation” networks**; (12) **the economic, social, juridical and psychological effects of the new labour forces**; (13) **the economic effects of the electronic commerce applications**; (14) **the initiation and application of some innovation policies, integrated at the level of the European Union (the Lisbon Strategy and the Barcelona Objective).**

In our opinion, the active and real policies for restructuring globalization, followed by the approach, design, implementation and the development of IS-KS and STSCM are appropriate; it is axiomatically demanded that the total of worldwide economic activities also develop to the benefit of the poor or developing countries, by promoting a new system, based on the philosophy of benefit-benefit, in an asymmetrical direction, from the viewpoint of the obtained richness and the accumulated wealth. On the other hand, a basic factor will be the information proliferation with a character and a tone of originality, meant to ensure the progress, at the same time with the technologies involved by the research-development-innovation programmes. All these desiderata must be transformed into real and current phenomena, in order to discover, attract and involve in the global economic circuit of the less developed countries from the economic viewpoint. The formulation of some considerations and variants of solutions for many of the requirements made by the elaboration, design, creation, implementation and development of IS-KS and STSCM led to some proposals concerning the types of delimited IS as components of the Global IS specific for the new society.

Finally, we would like to present some personal thoughts and reflections regarding the way mankind, world's states and individuals generally behave in relation with the defining

elements of IS-KS and STSCM. Generally, the nature of the paper is optimistic, but, in fact, things are not like this, because mankind has many unsolved, remaining and prospective problems. The essential paradox of our times is based on the fact that Mankind has remarkable accomplishments in many directions and domains, but it also has to deal attentively and perseveringly with the situation of millions of humans who suffer from underdevelopment, diseases, social or ethnical problems. All remarkable accomplishments of mankind must be perceived, in a way or another, by all humans. Mankind makes enormous expenses for other objectives which have, the most frequently, nothing in common with IS-KS or STSCM; in many cases, material and spiritual goods remarkably realized somewhere on Earth, do not effectively bring happiness in many areas of the world. In fact, the extraordinary accomplishments of mankind have generated, in many situations, negative and sometimes maleficent and even contradictory influences upon the individual, families or even people, so that in many situations or moments, these accomplishments might be really used for mankind to try to deal with other harmful, collateral or secondary problems, context in which the effective engaging to approach IS-KS and STSCM looks like a beautiful dream. There are strange and contradictory phenomena that take place: for example, mankind has developed services and products which generate multiple and multipliable competences, yet individuals are poorer and poorer from the mental and affective point of view. Moreover, people benefit from more knowledge, but in many situations and respects, they prove they have little capacity of judgment. The global number of people with superior education and experts increased, but mankind has more problems. Mankind has found, after important efforts, the way to achieve welfare, but it does not know how to obtain a global context axed on cooperation, commerce, information and knowledge, elements which scale off the opportunity of achievement of STSCM, axed on a society of second generation, which will demand pretentious edges called truth, spirit, conscience and morality. Humans have conquered the outer space, since they reached the Moon or other planets, but they did not succeed in getting the profound cognition of all defining elements of peoples and ethnics; we could support the idea that humans have remarkable accomplishments regarding the cognition of the structure of the atom and global atmospheric climate, but they do not have arguable results concerning the cooperation of any type and nature. A fortiori, mankind desires to create a **DURABLE SOCIETY of second generation, -STSCM-**; in this regard it learned to make ample and utopist plans, on the background of some global achievements with a minimal degree of complexity, while mankind hurries without preparing before and waits for the favorable moment to implement IS-KS and IS-KSOM, as long as it is optimally necessary. By means of IS-KS, mankind will use computers at a global level, due to some global systems, suggested in the thesis, it will possess multidimensional and exhaustive information, but it will have to solve problems concerning intercontinental, interregional, interreligious or interracial communications. Problems concerning the role and application of great personalities, the discharge of the possibility to obtain important and rapid profits, the atrophy of superficial and petty relations between individuals, leaders or nations will have to be rapidly, totally and ultimately solved, in parallel with the existence of the times when the necessity of sincere actions among global actors has to become omnipresent.

On the contrary, mankind will be able to find enough time to solve all the difficult problems, in order to trip rapidly and soon the IS-KS coordinates; in the present context, the nations of the world have to start qualitative actions and projects regarding qualitative mutations of all types and categories.

Prima facie, the factors of decision of mankind will have to act in such a way so that the entire world might be seen as one person, and a certain person be seen as the entire world; moreover, mankind does not need to regret the faults of the past, because these belong to the

past. We must be happy they happened, because this is the only way the nations of the world can be convinced that the effective achievement and operation of the IS-KS and STSCM characteristics and performances will be approached with trust, hope and optimism. We consider that mankind does not have to bustle much, given the fact that the global events favorable to the global development, *causa finalis*, IS-KS and STSCM, will be accomplished when human society least expects, considering that **“everything happening has a reason”**(Garcia Marques, **Reflexiones**).

References

1. Davidescu, N., *Societatea Informațională și efectele economice*, Teză de doctorat, Academia Română, 2008.
2. Bogdan-Ghilic Micu, Marian Stoica, *Organizația virtuală*, Editura Economică București, 2004
3. Filip, Florin Gheorghe(coordonator), volumul "Societatea Informațională-Societatea Cunoașterii, Concepte, soluții și strategii pentru România", Editura Expert, 2001
4. Roșca Gh. Ion, Marian Stoica, *Noi forme de muncă și activități în societatea bazată pe informație și cunoaștere*, în volumul "Societatea Informațională-Societatea Cunoașterii, Concepte, soluții și strategii pentru România", Editura Expert, 2001.
5. Roșca, Ion Gh., Cristina-Mihaela Bucur, Carmen Timofte-Stanciu, Octavian Paiu, Mirela Vișean, *Comerțul electronic. Concepte, tehnologii și aplicații*, Editura Economică București, 2005
6. Davidescu, N., Alexandru Manea, Adrian.Pană, *Contribuții la proiectarea site-ului www.catedra.ro*, site realizat la ASE, catedra Informatică de Gesitune, pentru activități proprii de e-learning, site realizat prin colaborare, ASE, Sesiunea Internațională de Comunicări Științifice a Facultății de Contabilitate și Informatică de Gestiune, 2006
7. Davidescu, N., *Dimensiuni economico-sociale ale implementării tehnologiilor informaționale*, Sesiunea de Comunicări Științifice a Facultății de Contabilitate și Informatică de Gestiune, ASE, Aprilie 2002.
8. Davidescu, N., *Elemente de proiectare a site-urilor Web pentru sisteme e-learning. Extensii către proiectarea sistemelor informatice de gestiune*, ASE, Sesiunea de Comunicări științifice a Catedrei Informatică de Gestiune, 18-19 Noiembrie, 2005
9. Davidescu, N., *Societatea Informațională- Societatea Cunoașterii și efectele economice*, TRATAT, Editura Agora, 2007

LEGAL CHALLENGES POSED BY WI-FI NETWORKS

Maxim DOBRINOIU *
Iustin PRIESCU **

Abstract

Nowadays, the electronic communications market is in a high development, and this trend will not be diminished even by the newly world economic crisis. Studies show a significant growth in people's interest for Information Society (IS) services, with emphasize on the mobility of the resources. On the other hand, Internet has become more than a "network of networks", but a way of life, and user's addict to computer systems and IS services often reveal interesting aspects and controversial in the same time. Modern forms of electronic communications rely more and more on the wireless Internet connections (Wi-Fi), and this conclusion could be eventually based on the following realities: 1) Users continue to migrate to wireless technology; 2) Users prefer wireless connectivity; 3) Users are attracted by costless Internet connections; 4) Users are fascinated by the possibility of hiding their online activity and behaviour. Although certain security measures can be easily applied in order to prevent the spread of cyber-related crimes, the wireless (Wi-Fi) connection to Internet also rise up a lot of controversial aspects, most of them about the legality of the connection itself, topic that the authors try to approach in this study.

Keywords: *wireless, illegal access, computer system, crime, electronic communications.*

Introduction to Wi-Fi concepts

Nowadays, the electronic communications services market is in full development, and this trend cannot be diminished even by the newly emerged world economic crisis. Regardless the country in question or the rank comparing to other states, studies show a significant growth in world people's interest in Information Society (IS) services, with a strong emphasize on the mobility of the resources.

The Internet has become more than a „network of networks”, but a way of life, and the addiction of the users for computer systems and electronic services often highlights interesting aspects, but controversial in the same time.

Right now, assuming the inevitable exceptions, we could launch an analysis based on the following facts:

a. Users are more and more interested in Information Society services. Beyond the simple connection to Internet, a large number of the socio-economic segments of life acknowledge a significant development in cyberspace (for example, electronic commerce, e-banking, e-payment, e-media, e-petition and so forth);

b. Users continue to migrate to a larger extent towards mobile equipments and „wireless technology”. Electronic consumer markets is oriented mainly to Bluetooth and Wi-Fi-enabled electronic devices, while the selling of smartphones, PDAs and Notebooks providing Internet connectivity is beyond any expectation;

c. Users prefer, more and more, the wireless connectivity. The entire world is in a continuous movement, and time seems to compress day by day. Even if we are talking about keeping in touch with business partners, friends or family members through VoIP connections, about reading electronic mail messages, reading of the online newspapers or magazines, finding

* Lecturer, Ph.D., „Nicolae Titulescu” University, Bucharest (e-mail: office@e-crime.ro).

** Lecturer, Ph.D., „Titu Maiorescu” University, Bucharest.

out the forecast, realizing financial transactions (e-banking, e-payment or stock exchange) or just browsing for news or information, people use a large scale of performing or state-of-the-art electronic devices which assure the much needed level of mobility and connectivity;

d. Although the costs have diminished significantly, people often consider different ways to connect to Internet without paying. Ordinary citizens, businessmen, students or employed, young or elder, men or women, we are altogether tempted to enjoy benefitting from a costless service. The same satisfaction we come across in what regards the Internet connection or the access to electronic communications services, although telecom operators or providers offer now a large scale of subscription possibilities or attractive tariffs;

e. For security reasons or just to hide certain actions or behaviour, more users are really fascinated by the possibility of masking their own activity or identity while in cyberspace. To realize such „own security” today there could be found various technical means or ways facilitating the anonymizing of the Internet browsing, hiding the identity of an email sender or the location of a certain electronic terminal which initiates a cyber attack. Apart from using the well-known Proxy Servers or Spoofing methods, anonymous connection to Wi-Fi Access Points is by far the newest and dangerous one, providing the type of electronic environment hackers are searching for.

Wi-Fi Architecture and Security

Wi-Fi¹ is the word the IT specialists use to define IEEE 802.11 Protocol, while the large public identify nowadays, technologically or commercially, the wireless access to Information Society services. In other words, is about the wireless-enabled electronic devices to connect to Internet through so-called Wi-Fi Access Points in order to get hold of electronic communications services.

According to IEEE 802.11 standard specifications, the logical architecture of a Wi-Fi network consists of various components, like: a Station (STA) which connects to a wireless Access Point (AP), a Set of Internet Base Services (BSS), the services' Distribution System (DS), as well as an Extended Set of Services (SSE).

The Access Points (known also as Hotspots, Wireless Routers or IP Routers) are those electronic devices which receive the Internet signal from a Internet Service Provider (via a cable link) and distribute it as electromagnetic emission (radio broadcast) in a certain cover area (based on the strength of the signal and the existence of the electronic disturbances), from 1 to 100 m. The Wireless Access Point runs as bridge between the Wi-Fi-enabled Stations (STA) and the classic Local Area Network – which usually provide the Internet connection or services.

The assembly resulted following the connection of one or more Wireless Stations (according to IEEE 802.11 Standard) to an Access Point (AP) is called *Wi-Fi Network* or *WLAN*.

The connection of the Wireless Stations to the IP Router could be done:

- Freely, without requesting the authentication of the client in order to use the available Internet services

- Protected, for limiting the use of Internet services to the authenticated (accepted) users by implementing various security protocols and encryption procedures

Aside from the advantages of their implementation (e.g. mobility, reduced costs, flexibility, ubiquity and so), Wi-Fi networks also poses various disadvantages, such as: low quality of

¹ Wi-Fi is a trade mark of the Alliance for Internet Wireless Compatibility, founded in 1993 by over 300 companies producing wireless electronics, certified according to IEEE 802.11 standard (known as WLAN standard).

communication, high energy consumption, electromagnetic pollution, rather weak security of communication etc.

Wireless networks are relatively less secure than the cable ones, due to the much easier way to connect of the unauthorized users present in the covering area of an Access Point. In order to prevent such unauthorized connections, the security of the wireless networks is assured by the following measures:

a. SSID (Service Set Identifier) – represents the identifier or the name of the IP Router (by default, this is the factory name of the device, but this is usually changed by the administrator into a more representative one, like “John’s Network” or “Titulescu University” etc.)

b. Wired Equivalent Privacy, Wi-Fi Protected Access and Wi-Fi Protected Access – 2 – are security protocol specially designed to protect and secure the access of a client to the Access Point. The electronic traffic between the Stations and the AP is encrypted using one of the above mentioned protocols

c. MAC Address Validation – the filtering of the all MAC addresses of the electronic devices willing to connect to Internet services provided by a certain Access Point, allowing just those known or authorized

Unfortunately, none of these measures can ensure a high level security. Even WEP Protocol was recently reported as being cracked by hackers. In these conditions, the IT specialists continue to actively work on improving the Wi-Fi-related security measures, this still being one big challenge.

Modus operandi in Wi-Fi Networks

The aim of the present analysis is to emphasize not just the advantages of using Wi-Fi networks, but the controversial aspects too. There are numerous insufficiently regulated aspects to be approached by the legislators, especially in what regards the connection to Access Points and the use of wireless provided Internet services.

As *modus operandi*, the respective both IT and non-IT literature highlighted two types of activities associated by the interested persons (bad guys, hackers etc.) with the wireless networks, such as:

Wardriving – meaning walking or driving a car with the intent to discover and mark on a map all the available Wi-Fi networks. Technically speaking, the Wi-Fi-enabled electronic devices used by the would-be perpetrator (PDA, smartphones, laptop etc.) receive (catch) the radio signal broadcasted by the wireless IP Router and, through a specialized interface, make available information related to it, such as: name of the Access Point (SSID), signal strength, existence of security measures in place (for example – WEP, WPA or WPA2), and Domain Name System’ server address.

All this data is stored accordingly for a later analysis that could provide clear information regarding the identified Wi-Fi Access Points (Hotspots) which allow Internet access in a specific cover area.

Has to be mentioned that, in this case, the Wi-Fi-enabled equipment used does not necessarily (automatically) obtain electronic communications services, because for that to happen a several commands have to be launched directly by the interested person.

Piggybacking, which defines the intentionally connection to wireless Internet by placing a Wi-Fi-enabled device in the cover area of a certain Access Point and starting using the Internet services without the acknowledgement or the permission from the owner or legal beholder of the IP Router (and the Internet connection as well).

More often, the connection to electronic communications services through Wi-Fi networks takes place in public spaces, such as bars, restaurants, hotels, cafe, airports, railway stations, universities etc.) And the access of a person to such connections is somehow considered as being legal, permitted, accepted and so.

For all that, usually, the network (AP) owner or legal beholder could request, directly or indirectly, a certain economic compensation for the Wi-Fi facility provided or to control the client's connection to Internet services through a non-economic exchange, such as providing of a connection password only after obtaining the personal data of the client.

For example, the owner of a cafe-bar provides to his clients electronic communications services through a wireless Access Point, and they pay the bill in return. But, what happens when a passer-by discover, accidentally or intentionally, the wireless signal broadcasted from the cafe-bar and try to connect to Internet to check his emails? Would that connection be legal or illegal in terms of actual legislation?

On the other hand, in our opinion, the most dangerous situation is posed by the piggybacking used against private-owned Wi-Fi networks (irrespective to the nature of the beholder – individual or legal person).

Talking about a radio broadcast, the signal could be easily received through the wall which separate us from the neighbour's apartment, through the window of the company located just opposite the street, or the fence which enclose a certain institution, but in fact the connection itself strictly depends on the security measures applied by the AP (WEP, WPA or WPA2 protocols, fixed IP addressing, MAC address filtering, use of Tokens etc.).

How legal or illegal is such a connection to the Information Society services through wireless Access Points is to be further analyzed, the topic being brought anyway now to the attention of the legislators in many countries.

The Legal Challenge Posed By Wi-Fi Networks in Romania

In Romania, the respective legal practice have not yet recorded such cases, but we cannot come to the conclusion that they do not really happen, while the approach from the legal professionals (judges, prosecutors, policemen, lawyers) could be an interesting criminal law challenge.

Considering the actual legal instruments in place, the simulation of certain scenarios highlights the following aspects:

The **Access Point**, identified as an electronic device by the IP Router could be regarded as a *computer system* as stated by article 35, Title III, Law no. 161 from 2003, taking into consideration that:

- it is an electronic device (eventually interconnected with other electronic devices)
- runs based on a *computer program* (which is the Firmware of the device – state-of-the-art software which, following a set of instructions, assure the functionality of the device)

The technical analysis shows that, in the case of **piggybacking**, the IP Router is not directly or remotely accessed by the eventually intrusive Wi-Fi-enabled laptop or PDA, because the full attention of the interested persons is **directed only to the service provided** (e.g. the radio signal carrying Internet computer data broadcasted by the Access Point), and not to the wireless network itself or the Router's internal files (ex. logs) or settings.

Therefore, we consider that there are no specific legal conditions in place for an **illegal access to a computer system** (offence criminalized by article 42, Title III prevention and combating cybercrime, Law no. 161 from 2003).

On the other hand, also from a technical point of view, the simple connection to Internet by Wi-Fi radio signal could be often automatically achieved, depending on the factory settings of the wireless-enabled PDA or laptop used by the would-be perpetrator, without his acknowledgement, and that excludes the existence of the guilt, thus excludes the existence of the crime.

If the Access Point is secured by the means of WEP, WPA, WPA2 protocols or other similar measures, and the would-be perpetrator is acting for the infringement of those measures, could be an indictment under the provisions of article 42, 3rd alignment, Title III - prevention and combating cybercrime, Law no. 161 from 2003 (“illegal access to a computer system committed with the intent to obtain computer data by infringing security measures”), but only if strong evidence is provided to consider the intention of the person to access the settings or log files of the IP Router (ex. through a web based interface, trying several admin names and passwords), and not just the simple desire to connect to Internet services.

Other specialists’ opinions, considering that we could be in the framework of an **illegal interception of an electromagnetic emission from a computer system carrying non-public computer data** (as stated in article 43, 2nd alignment, Title III, Law no. 161 from 2003), cannot stand for a criminalization because the respective computer data (contained in the electromagnetic emission – radio broadcast), representing the Internet signal, is **public**.

In this conditions, seems that the only way to indict the connection to Internet services provided by a wireless network (Wi-Fi Access Point) could be using the legal provisions of the Criminal Code (article 208, 2nd alignment) in what regards the **theft**, with an emphasize to the „theft of an economic-valued energy” (like in the case of theft of electricity, theft of TV cable signal etc.), taking into consideration that Internet signal or the access to Information Society services are obtained initially by the owner or legal beholder of the Access Point from an Internet Service Provider (ISP) in exchange to a certain amount of money (e.g. the monthly subscription fee).

We are aware of the fact that this indictment is compelled and, in some ways, immoral, but until an adequate rule in place, could be practical – especially in what regards the connection to private-owned Wi-Fi networks.

The supporters (as well as the practitioners) of **piggybacking** think that that action is more likely as²:

- *Reading of someone else’s newspaper over his shoulder;*
- *Listening or dancing on the music aired by a neighbour (from radio, TV, music player etc.)*

- *Sleeping on a bench in a public place*
- *Reading a book, during the night, under a streetlight*
- *Eating the food rests of somebody else in a restaurant*

In return, the opponents of piggybacking consider that the action is similar to³:

- *Entering another’s home on the basis that „the door was opened”*
- *Hanging-up on the back of a public bus for a costless ride*
- *Connection to the neighbour’s TV cable or electricity infrastructure*

For all that, in a comprehensive and adequate possible incrimination of this action, we have to consider that piggybacking is now the most used by those willing to launch cyber attacks or to commit cyber-related crimes, such as:

- Identity Theft

² <http://en.wikipedia.org/wiki/piggybacking>

³ Idem

- Phishing⁴
- Pharming⁵
- Computer fraud
- Online Child Pornography
- Keylogging⁶
- Email Spoofing⁷
- Spam⁸
- Denial of Service⁹

Using the Wi-Fi unprotected Access Points, hackers or other would-be perpetrators aim at the possibility of hiding their own online identity, based on the fact that, at the ISP level, just the IP address of the Router is visible – and that is uniquely associated with the subscriber (which could be a possible victim in this case).

Even if, in relation with the IP Router, the „intrusive” Wi-Fi-enabled device (PDA, laptop etc.) will communicate its own MAC address during the entire length of the connection, the later identification of this device (or of the owner – hacker etc.) will be extremely difficult (sometimes impossible), especially when that device was only once connected to the IP Router and just for a short period of time.

For this legal-technical analysis to conclude in a concrete and academic approach, we consider that the following *de lege ferenda* proposal would be useful to further official steps in creating new (criminal or administrative) legal provisions regulating the access to Internet services by connecting to a (not just) Wi-Fi Access Point:

„Obtaining of electronic communications services through the connection to an access point and using such services without the permission of the right person to grant it is a crime and shall be punished with a fine or imprisonment”

The permission being presumed as granted when:

- The Access Point to the Information Society services (Internet) is a public one
- The connection is realized to a Access Point located in a public place and not secured accordingly

Last but not least, we also have to take into consideration that some of the Telco operators stipulated in their subscription contracts concluded with the clients the ban for the redistribution of the signal to third parties (irrespective to the way of distribution of the signal, cable or radio). The infringement of this provision could only be regarded in an administrative perspective, added to the possibility of the service being suspended or even forbidden by the operator.

⁴ Type of computer forgery by which a certain user is lured, by electronic communications means and social engineering to access a spoofed website, taken under attacker’s control, and to provide own personal and financial data.

⁵ Complex type of computer forgery by which an attacker achieve to modify in a Domain Name System server the table of correspondence between IP addresses and the domain names in Internet with the aim to redirect that user to a spoofed website in order to provide personal or financial information.

⁶ The action of installing and run a special designed electronic device or computer program able to capture, store and send using SMTP protocol of all the keystrokes a user makes while online. In this way, the attacker can obtain user’s personal or financial data, passwords, email content, documents content, iRC messages, screen captures, URL accessed and so on.

⁷ Technique by which the attacker modify the data in the header of an email message with the intention to mislead the recipient in what regards the real source of the message.

⁸ The act of sending unsolicited messages (with or without commercial content) by electronic communications means.

⁹ Computer attack which aims at creating a system interference by flooding the ports with fake requests with a final result in service refusal.

Conclusions

The development and large scale use of (mobile) wireless-enabled devices and Wi-Fi networks allow users to travel to different locations while having access to Information Society services.

Hotspots (Access Points) could be private as well as public. They could be located (could broadcast) in either private or public places. On the other hand, radio waves propagate multi-directional, and thus could easily reach from public places to private ones as well as from private places to public ones.

Now, due to the fact that Wi-Fi communications' security protocols and techniques did not reach the „technological maturity”, is necessary for new legal provisions to be enforced. Therefore, we consider that simple use of wireless-enabled devices (PDA, smartphones, and laptops) and their connection to Wi-Fi networks also represent a real legal challenge that should be properly addressed as soon as possible.

As a final remark, we reaffirm that until the legislator comes with new and comprehensive provisions to approach all the situations and scenarios described above, only the appliance of the IT&C security principles will assure the proper climate for the development of the Information Society and the stimulation of the connection mobility for all the citizens to such services, including through the use of Wi-Fi networks.

References

1. M. Dobrinoiu, *Need for New Legal Provisions in Combating Cybercrime*, “Justice in Digital Era” Analytical Report, Sofia, April 2009
2. I. Priescu, V.V. Patriciu, S. Nicolaescu, *Electronic Mail Security in Internet*, Military Technical Academy Publishing, 2006
3. Stewart S. Miller, *Wi-Fi Security*, McGraw-Hill, 2003
4. Pejman Roshan, Jonathan Leary, *802.11 Wireless LAN Fundamentals*, Cisco Press, 2003
5. <http://www.oppapers.com/essays/Wifi-History/115029>, 2007
6. http://en.wikipedia.org/wiki/IEEE_802.11a-1999, 2009
7. <http://en.wikipedia.org/wiki/802.11n>, 2009
8. 802.11n: Next-Generation Wireless LAN Technology, White Paper, Broadcom, www.broadcom.com, 2006

PROVOCAREA LEGISLATIVĂ A REȚELOR WI-FI (IEEE 802.11)

Maxim DOBRINOIU *

Iustin PRIESCU **

Cuvinte cheie: *wireless, acces ilegal, sistem informatic, infracțiune, comunicații electronice.*

Introducere. Premise în utilizarea rețelilor Wi-Fi

În momentul de față, piața serviciilor de comunicații electronice este în plină dezvoltare, iar acest avânt nu va putea fi estompat nici măcar de criza economică prin care trece în acest timp întreaga omenire. Diferențiat pe state, dar indiferent de clasament, studiile în domeniu indică o creștere a interesului persoanelor pentru serviciile societății informaționale, cu un accent semnificativ pe mobilitatea resurselor.

Internetul este acum mai mult decât o „rețea a rețelilor”, a devenit un mod de viață, iar dependența utilizatorilor de echipamentele de calcul și serviciile de comunicații electronice relevă adesea aspecte interesante, dar în același timp controversate.

În acest moment, asumându-ne excepțiile inerente, putem totuși lansa o analiză în baza următoarelor premise:

a. Utilizatorii sunt din ce în ce mai interesați de serviciile societății informaționale. Pe lângă simpla conectare la Internet, tot mai multe segmente ale economiei și societății cunosc o dezvoltare accentuată în mediul informatic (de exemplu, comerț electronic, e-banking, plata electronică a taxelor sau impozitelor, e-mass-media, petiționare etc.)

b. Utilizatorii continuă să migreze tot mai mult către echipamentele mobile și „tehnologia fără fir” (wireless). Piața de produse electronice este orientată cu prioritate pe segmentele de echipamente cu tehnologii Bluetooth și Wireless, vânzările telefoanelor inteligente (smartphones), PDA-urilor sau laptop-urilor care oferă conectivitate la Internet „fără fir” întrecând orice așteptări.

c. Utilizatorii preferă din ce în ce mai mult „conectivitatea fără fir”. Lumea este într-o continuă mișcare, iar timpul pare a se comprima. Fie că este vorba despre asigurarea legăturii cu partenerii de afaceri sau prietenii prin conexiuni voce-video tip VoIP, de consultarea mesajelor de poștă electronică, de cititul presei, aflarea prognozei meteo, fie de realizarea transferurilor bancare sau plata facturilor, efectuarea tranzacțiilor la bursă sau simpla căutare a unor informații (inclusiv de localizare), oamenii utilizează o gamă largă de dispozitive electronice performante care să le asigure nivelul de mobilitate și conectivitate dorit.

d. Deși costurile s-au diminuat în timp, oamenii au tendința de a „căuta” posibilități de conectare la Internet fără plată. Simpli cetățeni sau oameni de afaceri, studenți sau angajați, tineri sau vârstnici, bărbați sau femei, suntem cu toții tentați adesea să ne bucurăm atunci când avem posibilitatea de a beneficia fără plată de un anumit serviciu. Aceași satisfacție o avem și în ceea ce privește conectarea la Internet și accesarea serviciilor de comunicații electronice, chiar dacă operatorii de telecomunicații sau furnizorii acestor servicii oferă în prezent o paletă largă de posibilități de contractare.

e. Din rațiuni de protecție sau chiar de ascundere a unor fapte, mulți utilizatori sunt „fascinați” de posibilitatea mascării activității online și propriei identități în mediul virtual. Pentru

* Lect. univ.dr., Universitatea „Nicolae Titulescu”, Bucuresti (e-mail: office@e-crime.ro).

** Lect. univ.dr., Universitatea „Titu Maiorescu”, Bucuresti.

realizarea acestei "securități individuale" există azi o gamă variată de procedee tehnice care permit anonimizarea navigării pe Internet, ascunderea identității expeditorului unui mesaj de poștă electronică sau a locației unui echipament de calcul care generează un atac informatic. Pe lângă folosirea binecunoscutelor servere Proxy sau a metodelor de Spoofing, câștigă tot mai mult teren conectarea anonimă la punctele de acces tip Wi-Fi (wireless), care oferă exact mediul de lucru căutat de persoanele rău intenționate.

Arhitectura și securitatea rețelelor Wi-Fi

Wi-Fi¹ este acronimul sub care specialiștii denumesc protocolul IEEE 802.11, iar publicul larg identifică azi, tehnologic ori comercial, accesarea serviciilor societății informaționale prin conectivitatea "fără fir". În esență, este vorba despre posibilitatea dispozitivelor echipate wireless de a se conecta la Internet prin intermediul unor **puncte de acces** (Access Point - AP) wireless și obține servicii de comunicații electronice.

Conform specificațiilor standardului IEEE 802.11, arhitectura logică a unei rețele Wi-Fi conține mai multe componente principale: stație (STA) care se conectează la un Punct de Acces wireless (AP), un set de servicii de bază (BSS) Internet, sistemul de distribuție (DS) a acestor servicii (conectarea mai multor AP între ele prin aceeași rețea LAN), precum și set extins de servicii (SSE), cum este descris în figura nr.2. Stațiile (STA) wireless conțin un adaptor de card, un card PC wireless sau au încorporat un dispozitiv pentru a oferi conectivitate wireless.

Punctele de acces (denumite și **hotspots sau routere wireless**), reprezintă acele dispozitive electronice care primesc semnal Internet de la un furnizor de servicii (ISP) și îl redistribuie sub formă de emisie electromagnetică (radio broadcast) într-o anumită arie de acoperire (în funcție de puterea semnalului și existența factorilor perturbatori, între 1-100 m). Punctul de acces (AP) fără fir funcționează ca o punte de legătură între stațiile (STA) wireless și o rețea LAN clasică, existentă pentru accesul la serviciile Internet.

Ansamblul rezultat în urma conectării unuia sau mai multor stații (STA) wireless (conform specificațiilor standardului IEEE 802.11) la un punct de acces (AP) poartă numele de *rețea Wi-Fi*, *rețea wireless* sau *WLAN*.

Accesul stațiilor (STA) la AP (routerul wireless) se poate face:

- liber, fără a cere autentificarea utilizatorului la folosirea serviciilor disponibile (de exemplu, rețele wireless din aeroporturi, locurile publice metropolitane etc.)
- protejat pentru a limita folosirea serviciilor numai către utilizatorii autentificați și prin utilizarea unor protocoale de securitate, așa cum va descris mai jos.

Pe lângă avantajele evidente ale implementării rețelelor Wi-Fi (mobilitate, cost redus, flexibilitate, ubicuitate – capacitatea de a te plasa în orice loc etc.), acestea prezintă și o serie de dezavantaje (calitate scăzută a comunicației, consum de energie, poluare electromagnetică, securitatea comunicației).

Rețelele wireless sunt relativ mai puțin sigure decât cele cablate, datorită accesului mai facil la rețea al persoanelor neautorizate aflate în zonele de acoperire ale punctelor de acces (AP). Există, implicit în utilizarea rețelelor wireless, diferite bariere care formează așa numita securitate de bază a rețelelor wireless, ce împiedică accesul neintenționat al persoanelor străine de rețea, aflate în aria de acoperire a unui punct de acces. Securitatea de bază a rețelelor wireless este asigurată de următoarele funcții implementate:

¹ Wi-Fi este marcă înregistrată a Alianței pentru Compatibilitate Wireless Internet, fondată în 1999, de peste 300 de companii producătoare de dispozitive electronice wireless, certificate în conformitate cu standardul IEEE 802.11 (cunoscut și sub numele de standardul WLAN)

- SSID (Service Set Identifiers) - un cod propriu care definește apartenența la un anumit punct de acces wireless

- WEP (Wired Equivalent Privacy) sau WPA / WPA-2 (Wi-Fi Protected Access) – protocoale ce realizează criptarea traficului dintre clienții wireless și punctul de acces

- Verificarea adresei MAC (Media Acces Control) – filtrarea adreselor MAC, adică punctul de acces este configurat cu adresele MAC ale clienților cărora le este permis accesul în rețea.

Din nefericire, niciuna dintre aceste metode nu asigură o securitate prea mare. În aceste condiții, specialiștii în domeniu caută să îmbunătățească securitatea rețelelor Wi-Fi, fiind una din provocările actuale pentru aceștia.

Modus operandi în rețelele Wi-Fi

Scopul analizei de față este acela de a scoate în evidență, nu atât avantajele utilizării rețelelor Wi-Fi, cât mai ales aspectele contradictorii sau insuficient reglementate care se circumscriu conectării la punctele de acces wireless.

Ca *modus operandi*, literatura de specialitate (nu neapărat tehnică) a reținut două tipuri de activități pe care persoanele interesate le practică în legătură cu rețelele Wi-Fi, și anume:

Wardriving, care presupune deplasarea pe jos ori cu un vehicul în scopul descoperirii și marcării pe o hartă a rețelelor (punctelor de acces) wireless care oferă conectivitate la Internet. Tehnic, dispozitivul folosit de persoana interesată (PDA, Smartphone, laptop etc.) captează semnalul radio (broadcast) emis de punctul de acces (routerul wireless) și, printr-o interfață specializată, oferă informații despre acesta, cum ar fi: numele punctului (SSID - Service Set Identifier), puterea de emisie (puterea semnalului radio), existența măsurilor de protecție și algoritmul de criptare utilizat (de exemplu, WEP - Wired Equivalent Privacy, WPA - Wi-Fi Protected Access sau WPA-2), adresa de IP alocată, adresa serverului DNS (Domain Name System – care permite translatarea unui nume de domeniu într-o adresă IP în Internet și invers).

Toate aceste date sunt consemnate electronic, o analiză ulterioară putând oferi informații clare despre situația punctelor de acces Wi-Fi care furnizează servicii de comunicații electronice (conectare la Internet) într-o anumită arie de interes.

Important de reținut este faptul că în acest caz, echipamentul Wi-Fi al persoanei nu obține automat servicii de comunicații electronice, pentru aceasta fiind necesară lansarea unei comenzi de conectare.

Piggybacking (traducere „cărat în spate”), care definește accesarea cu intenție a unei conexiuni Internet wireless prin plasarea unui dispozitiv echipat Wi-Fi în raza de acoperire a unui punct de acces (Access Point) și utilizarea serviciilor Internet fără cunoștința ori permisiunea expresă a posesorului (deținătorului legal, abonatului etc.) respectivei conexiuni.

Cel mai adesea, conectarea la serviciile de comunicații electronice prin intermediul rețelelor Wi-Fi are loc în spații publice (baruri, cafenele, hoteluri, aeroporturi, universități etc.), iar accesul se prezumă a fi legal, permis, îndreptățit.

Cu toate acestea, este foarte posibil ca deținătorul rețelei ori punctului de acces (AP) să solicite, direct ori indirect, o anumită compensație financiară pentru facilitatea Wi-Fi oferită sau să supravegheze conectarea clienților la rețea printr-un schimb nepatrimonial, ca de exemplu comunicarea parolei de conectare după obținerea datelor de identificare ale persoanei interesate.

De exemplu, proprietarul unei cafenele oferă servicii de comunicații electronice printr-un punct de acces wireless clienților săi, aceștia „răsplătind” facilitatea oferită de acesta prin plata consumației. Dar ce se întâmplă în momentul în care un trecător pe stradă descoperă, accidental sau intenționat, semnalul radio de acces la Internet emis de punctul de acces din cafenea și se

conectează la diferite servicii de comunicații electronice? Cât de legală sau ilegală va fi acea conectare?

Pe de altă parte, îngrijorător este, în opinia noastră, faptul că piggybacking-ul se manifestă din ce în ce mai frecvent în raport cu rețelele wireless particulare (private), fie că acestea aparțin unor persoane fizice sau juridice.

Fiind vorba despre o emisie radio (broadcast), semnalul poate fi captat cu ușurință prin zidul care ne desparte de apartamentul vecinului, prin geamul firmei de vis-a-vis sau gardul care împrejmuiește o instituție, însă accesul la serviciul Internet depinde strict de măsurile de securitate asociate punctului de acces (routerului wireless), cum ar fi, folosirea unor protocoale de criptare a datelor (WEP, WPA sau WPA2), filtrarea adreselor MAC (Media Access Control), adresare IP fixă, token-uri hardware sau software etc.

Cât de legală sau de morală este însă o asemenea conectare la serviciile societății informaționale prin intermediul punctelor de acces wireless rămâne de analizat, subiectul aflându-se deja în dezbaterile legiuitorilor din multe țări.

Provocarea legislativă a rețelelor Wi-Fi în România

În România, practica judiciară în materie nu a înregistrat (încă) astfel de cazuri, ceea ce nu înseamnă însă că acestea nu se manifestă în realitate, abordarea lor de către practicieni (polițiști, procurori sau judecători) putând fi o adevărată provocare legislativă.

Cu instrumentele juridice existente, simularea unor scenarii posibile relevă următoarele aspecte:

Punctul de Acces (Access Point-AP) identificat ca dispozitiv electronic prin **Routerul Wi-Fi** (cunoscut și ca Router wireless) este un sistem informatic în accepțiunea art. 35 din Titlul III al Legii 161/2003 întrucât:

- este un dispozitiv electronic (eventual, interconectat cu alte dispozitive electronice)
- funcționează în baza unui program informatic (Firmware – software proprietar care, în baza unui set minimal de instrucțiuni, asigură funcționarea de bază a respectivului dispozitiv electronic)

Însă, în cazul piggybacking-ului, routerul nu este accesat fizic, nici direct și nici de la distanță, iar atenția utilizatorilor se îndreaptă numai spre semnalul radio purtător de date informatice (de conexiune la Internet) și nu spre datele interne (setări, fișiere log etc.) ori spre Firmware-ul dispozitivului.

Astfel, considerăm că nu sunt întrunite condițiile unui **acces ilegal la un sistem informatic** (faptă prevăzută și pedepsită de art. 42 din Legea 161/2003, Titlul III – prevenirea și combaterea criminalității informatice).

Pe de altă parte, din punct de vedere strict tehnic, simpla conectare la Internet prin semnalul Wi-Fi se realizează adesea automat, în funcție de setările dispozitivului folosit de prezumtivul făptuitor, fără știrea acestuia, ceea ce exclude existența vinovăției, deci și a infracțiunii.

Dacă, însă, punctul de acces (AP) este protejat prin folosirea protocoalelor de securitate WEP, WPA sau altele, iar făptuitorul acționează pentru „spargerea” acestor măsuri de securitate, poate exista o incriminare în baza art. 42 alin. 3 din Legea 161/2003 doar cu condiția să existe probe din care să rezulte intenția făptuitorului de a accesa setările sau fișierele Routerului Wi-Fi, nu doar simpla dorință de conectare la Internet.

Opiniile exprimate de unii specialiști, potrivit cărora ne-am putea afla în condițiile „interceptării fără drept a unei emisii electromagnetice provenită dintr-un sistem informatic ce conține date informatice care nu sunt publice...” (art. 43 alin 2 din Legea 161/2003) nu sunt

pertinente și sustenabile, întrucât datele informatice conținute în emisia electromagnetică (broadcast-ul radio) ce reprezintă semnalul Internet sunt **publice**.

În aceste condiții, singura posibilitate de încadrare juridică a conectării la serviciile de comunicații electronice furnizate de un punct de acces Wi-Fi ar putea-o reprezenta infracțiunea de furt (prevăzută și pedepsită de art. 208 alin 2 Cod Penal), în condițiile „furtului unei energii care are valoare economică”, întrucât semnalul Internet, respectiv accesul la serviciile societății informaționale este obținut de proprietarul, deținătorul ori utilizatorul legal al Routerului Wi-Fi de la un furnizor de servicii Internet (ISP - Internet Service Provider) în schimbul unei sume de bani (abonament lunar etc.).

Suntem de acord că această încadrare este forțată și, oarecum, imorală, însă, până la o reglementare adecvată, poate fi practică – mai ales în cazul rețelelor (punctelor de acces) private.

Susținătorii (și practicanții) *piggybacking* sunt de părere că acțiunile lor seamănă cu²:

- Citirea ziarului, într-un mijloc de transport în comun, peste umărul celui care l-a cumpărat;

- Ascultatul și dansatul pe muzica pusă de un vecin;
- Dormitul pe întreaga suprafață a unei bănci într-un loc public;
- Cititul noaptea la lumina unei lămpi stradale;
- Mâncatul resturilor unui client într-un restaurant etc.

În replică, oponentii *piggybacking* sunt de părere că aceste fapte sunt similare cu³:

- Intratul în locuința altuia pe motiv că “ușa era deschisă”
- “Agățatul” pe spatele unui mijloc de transport în comun pentru a călători gratis
- Conectarea la cablul de curent electric sau cel de TV al vecinului (abonat);

Totuși, în reglementarea adecvată a acestei fapte, trebuie avut în vedere că *piggybacking*-ul este din ce în ce mai utilizat de către cei care intenționează să desfășoare activități infracționale în mediul cibernetic, cum ar fi:

- Furt de identitate
- Phishing⁴
- Pharming⁵
- Fraudă informatică
- Pornografie infantilă online
- Sniffing⁶
- Email Spoofing⁷
- Spam⁸

² <http://en.wikipedia.org/wiki/piggybacking>

³ Idem

⁴ Tip de fals informatic prin care un utilizator este ademenit, prin mijloace de comunicare abile cunoscute sub numele de *inginerie socială*, să acceseze o anumită pagină web contrafăcută, aflată sub controlul atacatorilor, și să furnizeze date personale sau date financiar-bancare

⁵ Tip complex de fals informatic prin care atacatorul reușește să modifice în cadrul unui server DNS (Sistem Nume de Domeniu) datele de corespondență între numele de domeniu și adresele IP asociate în scopul de a determina un anumit utilizator să acceseze pagini web contrafăcute pentru a furniza date personale sau financiar-bancare etc.

⁶ Captarea pachetelor de date într-o rețea, de către administratorii acesteia, prin folosirea unor dispozitive electronice sau programe informatice special create, în scopul monitorizării și asigurării bunei funcționări a rețelei. Pe de altă parte, *sniffer-ele* pot fi folosite și de persoane rău intenționate în vederea obținerii neautorizate de date și informații din rețea

⁷ Tehnică prin care atacatorul informatic modifică datele din antetul unui mesaj de poștă electronică în scopul inducerii în eroare a destinatarului cu privire la adevărata sursă a mesajului

⁸ Trimiterea de mesaje comerciale nesolicitate prin intermediul mijloacelor de comunicații electronice (de obicei, poșta electronică)

- Denial-of-Service⁹

Prin utilizarea punctelor de acces Wi-Fi neprotejate la Internet, persoanele rău intenționate mizează pe posibilitatea ascunderii propriei identități, întrucât, la nivelul furnizorului de servicii Internet va fi vizibilă exclusiv adresa de IP a routerului – asociată în mod unic cu persoana abonatului.

Chiar dacă, în raport cu routerul IP, dispozitivul Wi-Fi intrus va comunica propria adresă fizică de rețea (adresa de MAC), pe toată durata conexiunii, identificarea acestuia, respectiv a posesorului (făptuitorului) va fi extrem de dificilă (dacă nu imposibilă), mai ales în condițiile în care acesta s-a aflat o singură dată și doar pentru o scurtă perioadă de timp în raza de acțiune a punctului de acces.

Pentru ca această analiză juridico-tehnică să concluzioneze într-un demers concret, considerăm că următoarea propunere *de lege ferenda* ar fi utilă în eventualitatea unei viitoare reglementări penale sau contravenționale a accesului la Internet prin intermediul rețelelor Wi-Fi (și nu numai), astfel:

„obținerea de servicii de comunicații electronice prin conectarea la un punct de acces și utilizarea acestora fără permisiunea celui în drept să o acorde este infracțiune (contravenție) și se pedepsește cu închisoarea de la 00 luni la 00 ani (sau cu amendă de la 00 lei la 00 lei)” urmând ca permisiunea să se prezume a fi acordată în condițiile în care:

- Punctul de acces la serviciile societății informaționale este public

- Conectarea se realizează la un punct de acces situat într-un loc public și neprotejat prin măsuri de securitate

Nu în ultimul rând, unii operatori de telecomunicații sau furnizori de servicii Internet au prevăzut în cuprinsul contractelor de abonament încheiate cu clienții interdicția ca aceștia să redistribuie la rândul lor semnalul către alți utilizatori (indiferent de modalitatea de realizare cablu sau wireless). Încălcarea acestei interdicții poate avea numai caracter contravențional, în plus existând și posibilitatea restricționării sau chiar a încetării furnizării serviciului de comunicații electronice.

Concluzii

Dezvoltarea și folosirea pe scară largă a echipamentelor wireless (în special mobile) și a rețelelor Wi-Fi permit utilizatorilor să se deplaseze sau călătorească în diferite locuri sau zone geografice și să aibă acces prin hotspot-uri la serviciile societății informaționale.

Hotspot-urile pot fi publice sau private. Ele pot fi situate (pot opera) în locuri publice sau private. Pe de altă parte, undele radio se propagă multidirecțional, putând ajunge din spații private în spații publice și invers.

Întrucât până în prezent protocoalele și tehnicile de securitate a comunicațiilor în cadrul rețelelor Wi-Fi nu au ajuns la maturitatea necesară, se impune sprijinirea și prin măsuri de ordin legislativ, special destinate acestei tehnologii aflate în plină dezvoltare.

Tocmai de aceea, utilizarea dispozitivelor wireless, respectiv conectarea la de rețele de tip Wi-Fi reprezintă **o provocare de ordin juridic**, căreia, mai devreme sau mai târziu, legiuitorul român sau străin va trebui să îi găsească o soluție adecvată.

Ca o concluzie, putem afirma că, cel puțin până la o reglementare adecvată a situațiilor descrise anterior, asigurarea unui climat propice dezvoltării societății informaționale și stimularea mobilității conectării cetățenilor la aceste servicii, inclusiv prin intermediul rețelelor Wi-Fi, rezidă în aplicarea corespunzătoare a principiilor culturii de securitate în domeniul IT&C.

⁹ Atac informatic ce vizează perturbarea funcționării unui sistem informatic prin inundarea porturilor acestuia cu solicitări false care determină în cele din urmă „refuzul serviciului”

Bibliografie

1. Maxim Dobrinoiu, *Neajunsuri legislative în combaterea criminalității informatice*, Raport analitic "Justiție în Era Digitală", Sofia, aprilie 2009
2. Iustin Priescu, Victor Valeriu Patriciu, Sebastian Nicolaescu, *Securitatea poștei electronice în Internet*, Editura ATM, 2006
3. Stewart S. Miller, *Wi-Fi Security*, McGraw-Hill, 2003
4. Pejman Roshan, Jonathan Leary, *802.11 Wireless LAN Fundamentals*, Cisco Press, 2003
5. <http://www.oppapers.com/essays/Wifi-History/115029>, 2007
6. http://en.wikipedia.org/wiki/IEEE_802.11a-1999, 2009
7. <http://en.wikipedia.org/wiki/802.11n>, 2009
8. 802.11n: Next-Generation Wireless LAN Technology, White Paper, Broadcom, www.broadcom.com, 2006

VIRTUAL UNIVERSITY IN THE CONTEXT OF TODAY WEB TECHNOLOGIES

Cosmin Cătălin OLTEANU*

Abstract

In the Internet era, where everything is online, students are asking for more online information like taxes and payments, courses, tests, grades, news etc. that should be accessible from any device that you can imagine. Furthermore, they ask for online communities where they can debate any subject and can met any person they want. With the help of today technologies we can say that everything is possible. This should be the tomorrow universities where students should remain student and teachers should keep their high quality standards even we go further with WEB 2.0 and WEB 3.0.

Keywords: *virtual university, integrated informatic system, web 2.0 , web 3.0*

Introduction

In the Internet era the need for web complex integrated applications is sustained by huge demands from all kind of users.

This is the case for universities also. Right now there are a lot of web applications for some specific purposes like e-learning, management etc. which are not integrated as a unique system and everything is not well connected.

We have to say that an integrated system is a must in order to have everything available from anywhere.

Moreover, if we go further and think in the context of web evolution, where everything is dynamically generated and the tendency is to have social behaviors of informatic systems.

Virtual University, fact or foe ?

These days the world of students, teachers and everything else that are related to university are the whiteness of big software changes around the globe.

Right now, in some of universities the students are learning in the old fashion way (with paper and pencils), the work flow of documents is also in the same way managed etc. (Fig. 1) . This is a fact and we should encourage them to change the way of facts and modernize all the departments and services. The students are one step ahead of us (teachers and staff) in the matter of technology and they make us to come and respond to their needs.

* Lecturer, Ph.D. candidate, "Nicolae Titulescu" University, Bucharest (e-mail: contact@olteanucosmin.ro).

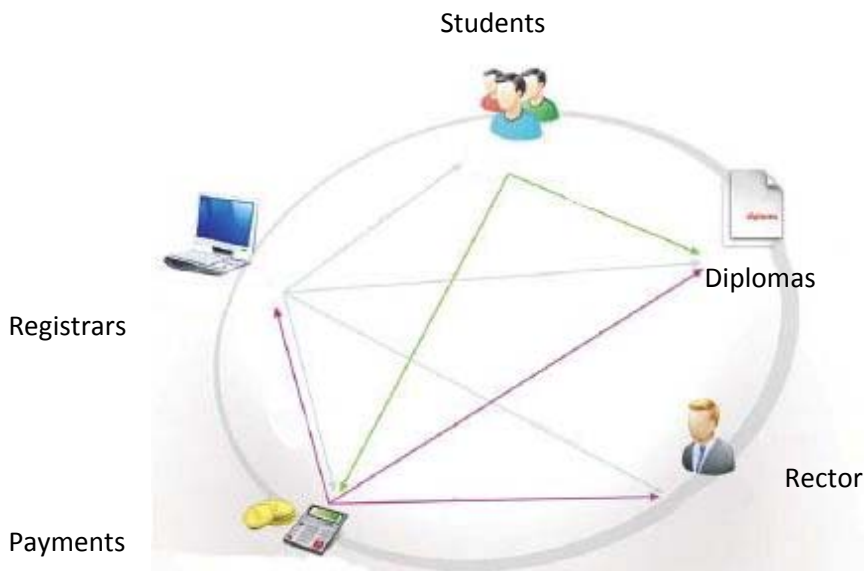


Fig. 1.Regular University Informational Distribution Diagram.

In order to do that we have to change the way we think. We have to give away the mentality of “that way is wrong” and come with a positive and open minded way of thinking.

We have to make every step of anyone available online. Everything should be available in a form or another on a real time server (Fig. 2).



Fig. 2.Virtual University Informational Distribution Diagram.

In the Internet era, where everything is online, students are asking for more online information like taxes and payments, courses, tests, grades, news etc. that should be accessible from any device that you can imagine.

Furthermore, they ask for online communities where they can debate any subject and can meet any person they want.

With the help of today technologies we can say that everything is possible.

This should be the tomorrow universities where students should remain student and teachers should keep their high quality standards.

With the entrance of Romania in the European Union the issue of finding some unique quality models is related more often than before, in order to assure an European compatible learning system for all countries of the Union, by creating a unique European education boundary.

The educational importance, in development for an active attitude of the people for a knowledge and innovation society, leads to some enhanced attention of the problems for social cohesion and implies a better understanding of quality of education.

This idea is underline also by control and coordinating entities from Research, Learning and Youth Ministry of Romania like ARACIS (Romania Agency for Quality Assurance in Higher Education) and CNCSIS (The National University Research Council), which are affiliated to Bologna process of development and which emphasize the necessity of existence at every University for a centralized interconnected computerized system for each service and segment with a real time synchronization of the teaching, testing and learning of the educational system.

The necessity of integrated informatics systems is an obvious requirement of the mentioned entities (but neither the less from students) to be developed and implemented in the educational system since we develop a powerful long distance learning and also for the enhancement of the quality of attendance less system.

Since 2004 I have developed such a system (3) and the advantages are based on:

- User friendly access for students, registrars, accounts men and not the last, for teachers to knowledge and teaching materials from anywhere, anytime;
- Logged and encrypted access for everyone;
- Efficiency of human and resort resource planning;
- Easiness of internal administration and organization;
- Permanent real time access for the student of his records and payments to the university;
- Reports for complete image for the knowledge level of students;
- Better and improved real time Teacher - Student communication system and an efficient transparency model for online material and online test;
- Removing the bureaucracy and long time resolving results;
- Building an organized active archive.

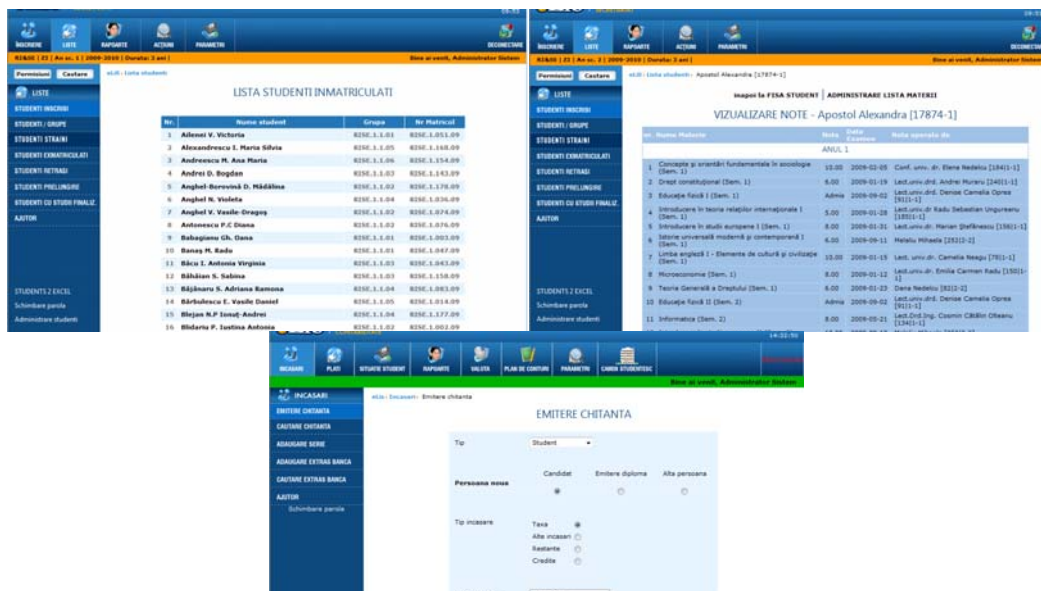


Fig. 3. WEB Integrated Informatic System.

Looking back in past and up in future, I can emphasize that such a system should have some advanced functions for:

- Teaching, testing and evaluation;
- Management of registrar's activities;
- The report and management of financial and economic activities;
- Measurements and reports of engaged entities in local educational system;
- Easiness for learning techniques;
- Enhancement for student attention and for knowledge assimilation;
- Real time supervision of didactic methods, administrative requirements and management activities;
- Testing of new ways of learning techniques;
- Interlink-ing of new courses with new subjects.

And if we think just a few steps in future we'll realize that social behavior of these systems (web 3.0) are close and digital information available on web should be linked to university social life in order to be a modern and up to date institution.

In this direction I have managed to maintain and install a forum platform where student can change ideas and can even socialize.

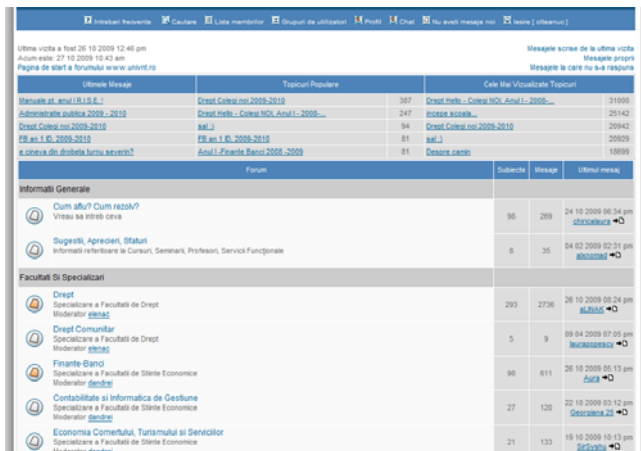


Fig. 4. Open for taking forum

The students doesn't need to come to faculty registrars to see their grades, to see what taxes they have to pay.

With an individual username and password basis they see even information about final license exam, regular exams schedule etc.

With every option developed and released to student module the efficiency of the system proved to be a god solution for quick information.

In this matter I have to improved the server components to provide from 50 concurrent connections to almost 1000 concurrent connections.

The statistics of access to informatic system is showing that the traffic is growing very fast due to my interconnection measures and optimization of data streams.

In March 2008 I had only 14979 visitors in a month and in September 2009 I had almost 78.078 visitors (5) due to a fair and update information available online.

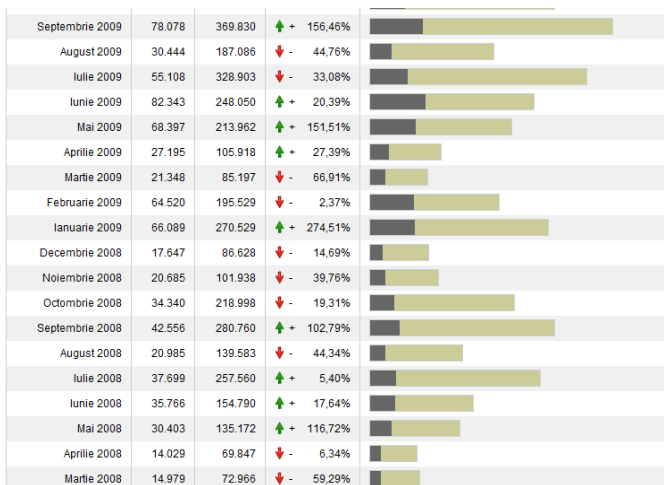


Fig. 5. Monthly access of visitors

From the point of view of access distribution I have to say that Bucharest is in top with 41702 visitors followed by Giurgiu and Prahova with almost 1100 visitors(6) each.

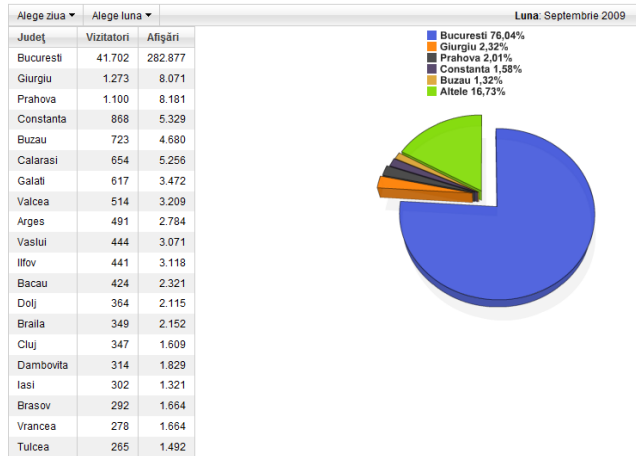


Fig. 6. Monthly access from country areas

The browsers war of which is the best continues even in an singular web informatic system. The problem of access of the client browser is not an easy one because I have to know which browser is most used and to adapt application functions for that browser in the first place and then to adapt them to others.

Right now Firefox 3.x is in the top with 12.799 visitors followed by Internet Explorer 6.x and 7.x with about 8000 visitors.

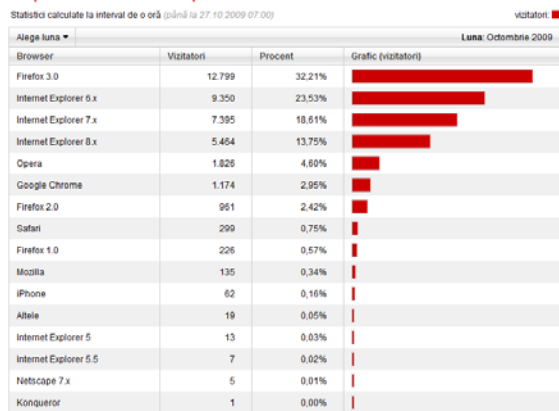


Fig. 7. Monthly access Browsers distribution

The operating Systems (OS) of the visitors, in top is Windows Xp with a crushing of 30.767 unique systems over the second place Windows Vista with 7.674 visitors.











Alege luna ▼		Luna: Octombrie 2009		
Sistem de operare	Vizitatori	Procent	Grafic (vizitatori)	
Windows XP	30.767	77,43%		
Windows Vista	7.674	19,31%		
Windows 2003	477	1,20%		
Macintosh	238	0,60%		
Windows 2000	227	0,57%		
Altele	129	0,32%		
Unix	123	0,31%		
Windows 98	68	0,17%		
Windows Me	31	0,08%		
Windows NT	2	0,01%		

Fig. 8. Monthly access client Operating Systems distribution

6. Conclusions

The educational importance, in development for an active attitude of the people for a knowledge and innovation society, leads to some enhanced attention of the problems for social cohesion and implies a better understanding of quality of education.

In this directions I have managed to rise the number of online visitors for almost 900% in no more than 3 years.

The effort was huge but right now when I look behind I realize that every department is part of the big machine - the integrated informatic system. Everyone knows that his work is used by others and that way they can do theirs jobs.

In this moment the statistic of visitors (78.078 in September 2009) proved that my effort is good enough to improve the system.

References

1. *Cristina Soviany*, Embedding Data and Task Parallelism in Image Processing Applications, PhD Thesis, Technische Universiteit Delft, 2003
2. *A.Mauthe, D.Hutchison, G.Coulson and S.Namuye*, "Multimedia Group Communications Towards New Services", in Distributed Systems Eng., vol. 3, no. 3, Sept. 1996, pp. 197-210
3. *M. KERRIGAN*, .1v0.2 The Web Services Modeling Toolkit (WSMT). Technical report 2005, available at <http://www.wsmo.org/TR/d9/d9.1/v0.2/>
4. *De Bruinjn*, The Web Service Modeling Language WSML, version 0.2 available at <http://www.wsmo.org/TR/d16/d16.1/v0.2>
5. *Trace Urdan, Cornelia Weggen*: Corporate e-Learning: Exploring a new frontier", WvHambrecht and Co, 2002
6. *Marc Jeffrey Rosenberg*: „e-Learning. Strategies For Delivering Knowledge in the Digital Age", McGraw- Hill, 2001.
7. *Tom Barron, A Smarter Frankenstein*: „The Merging of eLearning and Knowledge Management", Learning Circuits, 2000.