ANALELE ȘTIINȚIFICE
ALE
UNIVERSITĂȚII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAȘI
(SERIE NOUĂ)

ȘTIINȚE JURIDICE

TOM LXVII/I, 2021

Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

Colegiul redacțional:
Prof. dr. Tudorel TOADER (redactor-șef)
Prof. dr. Carmen Tamara UNGUREANU (director științific)

Consiliul editorial:
Conf. dr. Septimiu Vasile PANAINTE
Conf. dr. Marius Nicolae BALAN
Conf. dr. Ioana Maria COSTEA
Lect. dr. Mihai DUNEA
Lect. dr. Nicolae-Horia ȚIȚ

Dezvoltare pagină WEB: Ciprian ICHIM

Tehnoredactor: Florentina CRUCERESCU

ISSN: 1221-8464
ISSN-L: 1221-8464

Adresa redacției:
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași
Facultatea de Drept
Bd. Carol I, nr. 11
Iași, România, 700506

Cuprins

Aspecte teoretice și practice privind rolul domiciliului în stabilirea competenței notarului public și a instanțelor judecătorești
Ionuț-Alexandru Toader, **Olga-Andreea Urda** 7

Planning-ul fiscal ante-2021 al giganților publicitari. Sustragerea veniturilor din publicitate de la impozitare. Rolul domiciliului fiscal. Perspective pentru viitor
A**ura-Elena Amironesei** 15

Legislația notarială reflectată în jurisprudența constituțională
Ionuț Alexandru Toader 57

Aspecte teoretice și practice în dreptul intern și internațional privind stabilirea domiciliului minorului
Nicoleta-Luiza Gache 65

Factura – de la instrument de probă a unui act juridic la obiect material al acestuia
Marius Brănici 75

Procesul penal în cauzele cu minori: reflecții de ordin istoric
Vitalie Rusu 89

Considerații teoretice privind asigurarea securității criminologice în statul de drept
Alexandru Mariț 103

Săvârșirea infracțiunii de violare de domiciliu cu folosirea situației de serviciu
Gheorghe Popa, **Stela Botnaru** 117

Considerații juridice și psiho-educaționale ale comportamentului de tip bullying
Tudorița Grădinariu 131

Victima infracțiunii de încălcare a regulilor de protecție a muncii
Tudor Jalbă 141

Reglementarea actuală a violenței domestice contra femeilor – între standardele europene referitoare la digitalizare și noile exigențe naționale penale
Alina Mirabela Gentimir 147

Prezentare generală a regimurilor de protecție a libertății de exprimare
Carmen Moldovan 161

Drepturile culturale *bona fide* ale migranților
Alina Mirabela Gentimir 179

Observații critice cu privire la răspunderea juridică consacrată de art. 240 din Codul administrativ român
Claudiu George Pupăzan 193

Fenomenul aculturației juridice – noțiuni preliminare, limite și implicarea globalizării
Ana-Maria Goldan 201

Dimensiunea cibernetică a securității naționale în raport de dreptul european
Ioan Dumitru Apachiței 213

Digitization of public administration. Romania of the 21st century
Mihai Iftimiei 239

Table of contents

Theoretical and practical aspects of the role of the domicile in determining the competence of the public notary and of the courts
Ionuț-Alexandru Toader, **Olga-Andreea Urda** 7

2021 ex-ante fiscal planning of *online* advertising giants. Tax avoidance for *online* advertising revenues. The role of tax residency. Prospects for the future
Aura-Elena Amironesei 15

Notarial legislation reflected in constitutional jurisprudence
Ionuț Alexandru Toader 57

Theoretical and practical aspects in domestic and international law regarding the establishment of the minor's domicile
Nicoleta-Luiza Gache 65

Invoice – from a instrument of proof of a legal act to its material object
Marius Brănici 75

Criminal proceedings in juvenile: historical reflections
Vitalie Rusu 89

Theoretical considerations regarding the assurance of criminological security in the rule of law
Alexandru Mariț 103

Committing the crime of home invasion with the use of the service situation
Gheorghe Popa, **Stela Botnaru** 117

Legal and psycho-educational considerations of bullying behavior
Tudorița Grădinariu 131

The victim of the crime of violation of labor protection rules
Tudor Jalbă 141

Current regulation of domestic violence against women – between European standards on digitization and new national criminal law requirements
Alina Mirabela Gentimir 147

Overview of Worldwide Regimes for the Protection of Freedom of Expression
Carmen Moldovan 161

Bona Fide Migrants' Cultural Rights
Alina Mirabela Gentimir 179

Critical remarks regarding the legal liability enshrined in art. 240 of the Romanian administrative code
Claudiu George Pupăzan 193

The phenomenon of legal acculturation - preliminary notions, limits and involvement of the globalization
Ana-Maria Goldan 201

The Cybernetic Dimension of National Security with Regards to the European Union Law
Ioan Dumitru Apachiței 213

Digitization of public administration. Romania of the 21st century
Mihai Iftimiei 239

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-1

Aspecte teoretice și practice privind rolul domiciliului în stabilirea competenței notarului public și a instanțelor judecătorești

Theoretical and practical aspects of the role of the domicile in determining the competence of the public notary and of the courts

Ionuț-Alexandru TOADER[1], **Olga-Andreea URDA**[2]

Rezumat: Noțiunea de domiciliu comportă multiple valențe juridice. De la protecția vieții private, a dreptului la identitate și până la o serie de aspecte procesuale, domiciliul rămâne un reper și un atribut semnificativ al persoanei fizice. Odată cu intrarea noastră în Uniunea Europeană domiciliul a căpătat noi semnificații, mai ales în contextul liberei circulații al persoanelor, semnificații care, pe lângă drepturile importante pe care le conferă, sunt de natură să creeze și o serie de controverse. Sub aspectul stabilirii competenței notarului public și al instanțelor judecătorești domiciliul rămâne un reper semnificativ, putem aprecia chiar primordial în anumite proceduri. În prezenta lucrare ne propunem să abordăm aspectele privind domiciliul care au generat o serie de controverse sub aspectul competenței, în special în procedura succesorală și a cererilor de desfacere a căsătoriilor.

Cuvinte cheie: domiciliu; competență; procedura succesorală; cererile de desfacere a căsătoriilor; notar public

Abstract: Theoretical and practical aspects of the role of the domicile in determining the competence of the public notary and of the courts. The notion of domicile has multiple legal valences. From the protection of privacy, the right to identity to a number of procedural aspects, the domicile remains a significant landmark and attribute of the natural person. With our entry into the European Union, the domicile has taken on new meanings, especially in the context of the free movement of persons, which, in addition to the important rights they confer, are likely to create a number of controversies. In terms of establishing the jurisdiction of the notary public and of the courts, the domicile remains a significant milestone, one that can be appreciated as primordial in certain proceedings. In this paper we aim to address issues in regards of the domicile which have generated a number of controversies in

[1] Asistent univ. dr. Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, e-mail: alexandru.toader@uaic.ro.
[2] Lector univ. dr. Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, e-mail: olga.alexandru@uaic.ro.

terms of competence, especially in inheritance proceedings and applications for dissolution of marriage.

Keywords: domicile; competence; inheritance proceedings; applications for dissolution of marriage; public notary

Introducere

Domiciliul reprezintă un element definitoriu al vieții private și este protejat atât prin norme de drept penal, cât și prin norme de drept civil.

Domiciliul își regăsește definiția în dispozițiile art. 87 Cod civil[3], conform cu care: „Domiciliul persoanei fizice, în vederea exercitării drepturilor și libertăților sale civile, este acolo unde aceasta declară că își are locuința principală". Relevante în acest sens sunt și dispozițiile art. 89 Cod civil care prevăd că: „Stabilirea sau schimbarea domiciliului se face cu respectarea dispozițiilor legii speciale. (2) Stabilirea sau schimbarea domiciliului nu operează decât atunci când cel care ocupă sau se mută într-un anumit loc a făcut-o cu intenția de a avea acolo locuința principală. (3) Dovada intenției rezultă din declarațiile persoanei făcute la organele administrative competente să opereze stabilirea sau schimbarea domiciliului, iar în lipsa acestor declarații, din orice alte împrejurări de fapt". De asemenea, art. 27 alin. (1) din O.U.G. nr. 97/2005 privind evidența, domiciliul, reședința și actele de identitate ale cetățenilor români, republicată[4], dispune că „domiciliul persoanei fizice este acolo unde aceasta declară că are locuința principală".

Rolul domiciliului[5] în stabilirea competenței notarului public și al instanțelor judecătorești este unul definitoriu, mai ales dacă avem în vedere că regula generală în soluționarea cererii de chemare în judecată se realizează de către instanța de judecată unde își are domiciliul pârâtul[6]. Fără a putea epuiza în prezentul studiu un subiect atât de vast, în considerarea numeroaselor excepții existente mai ales în procedurile speciale, am ales să tratăm rolul domiciliului în stabilirea competenței notarului public și a instanțelor judecătorești în procedura succesorală, a cererilor de desfacere a căsătoriilor și a cererilor privind răspunderea părintească, având în vedere și elementele de extraneitate incidente în ultima perioada în practica notarială și în jurisprudența instanțelor.

Procedura succesorală – rolul domiciliului în stabilirea competenței

Cu privire la notarul public regula este că acesta are competență generală, cu o serie de excepții prevăzute de lege, incluzând aici și situația particulară a procedurii succesorale. Astfel, conform art. 15 din Legea nr. 36/1995 a notarilor și a activității notariale republicată[7]: „procedura succesorală notarială este de

---

3 Publicat în M. Of. 505 din 2011.07.15

4 Republicat în M. Of. 719 din 2011.10.12

5 G. Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ed. a 4-a, Editura Hamangiu, București, 2010, p. 383.

6 Art. 107 alin. (1) Cod procedura civilă.

7 Publicată în M. Of. Nr. 237 din 19.03.2018.

competența notarului public din biroul notarial situat în circumscripția teritorială a judecătoriei în care defunctul și-a avut ultimul domiciliu iar în cazul moștenirilor succesive, moștenitorii pot alege competența oricăruia dintre notarii publici care își desfășoară activitatea într-un birou individual sau într-o societate profesională din circumscripția teritorială a judecătoriei în care și-a avut ultimul domiciliu acela dintre autori care a decedat cel din urmă".

Art. 103 din Legea nr. 36/1995 prevede în mod expres încă din primul alineat faptul că „Procedura succesorală notarială se deschide la cererea oricărei persoane interesate, precum și a secretarului consiliului local al localității în raza căreia se aflau bunurile defunctului la data deschiderii moștenirii". Subzistă în sarcina notarului public sesizat obligația de a-și verifica în prealabil competența teritorială, iar dacă acesta constată că succesiunea este de competența altui notar public, se desesizează, fără a mai cita părțile, informându-l totodată pe titularul cererii cu privire la notarul competent să îndeplinească procedura succesorală, iar dacă în circumscripția unei judecătorii sunt mai mulți notari publici, competența de îndeplinire a procedurii succesorale aparține primului notar public sesizat. În acest scop, notarul public are obligația să verifice dacă procedura succesorală nu s-a deschis la un alt notar public din circumscripția aceleiași judecătorii, cercetând în acest scop registrul de evidență a succesiunilor.

Dacă în situația în care defunctul avea ultimul domiciliu în țară nu există probleme semnificative, în practică se ridică problema competenței notarului public în cazul în care ultimul domiciliu este în străinătate și mai există bunuri mobile sau imobile pe teritoriul statului nostru.

Astfel, „în cazul în care ultimul domiciliu al defunctului nu este cunoscut sau nu se află pe teritoriul României, competența aparține notarului public cel dintâi sesizat, cu condiția ca în circumscripția sa să existe cel puțin un bun imobil"[8].

Relevante în acest sens sunt și dispozițiile art. 103 alin. (5) din Legea nr. 36/1995 care stabilesc competența notarului public dintâi sesizat, în cazul în care ultimul domiciliu al defunctului nu este în România, iar în patrimoniul succesoral nu se regăsesc bunuri imobile pe teritoriul României, cu condiția ca în circumscripția sa să existe bunuri mobile.

Competența aparține de asemenea tot notarului dintâi sesizat și în situația în care ultimul domiciliu[9] al defunctului nu este în România, iar în patrimoniul succesoral nu se regăsesc bunuri pe teritoriul României[10].

Libera circulație a persoanelor și în special migrația forței de muncă a condus la existența unor astfel de situații particulare, care în practica recentă sunt din ce în ce mai frecvente. Pentru consolidarea pieței interne și garantarea corespunzătoare a libertăților fundamentale ce reprezintă tocmai fundamentul pieței interne, la nivelul Uniunii Europene a fost adoptat Regulamentul nr. 650/2012

---

8 Art. 103 alin. (4) din Legea nr. 36/1995.

9 A se vedea: M. Scheaua (coord.), R. Rizoiu, S. Bodu, D. Trăilă, M. Dub, L. Tec, *Codul Civil – Comentat si adnotat. Despre legea civilă. Despre persoane. Art. 1-257*, Editura Rosetti, Bucureşti, 2018.

10 Art. 103 alin. (6) din Legea nr. 36/1995.

al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor[11]. Încă din preambulul Regulamentului nr. 650/2012 se desprinde importanța reședinței obișnuite a defunctului. În acest sens, „având în vedere mobilitatea tot mai mare a cetățenilor și pentru a asigura administrarea corectă a justiției în cadrul Uniunii și a asigura că există un factor de legătură real între succesiune și statul membru în care se exercită competența, prezentul regulament ar trebui să prevadă că factorul general de legătură, în vederea stabilirii atât a instanței competente, cât și a legii aplicabile, ar trebui să fie reședința obișnuită a defunctului la data decesului. Pentru a stabili reședința obișnuită, autoritatea care se ocupă de succesiune ar trebui să efectueze o evaluare de ansamblu a circumstanțelor vieții defunctului în cursul anilor anteriori decesului său și la momentul decesului, luând în considerare toate elementele de fapt relevante, în special durata și regularitatea prezenței defunctului în statul vizat, precum și condițiile și motivele acestei prezențe. Reședința obișnuită astfel stabilită ar trebui să demonstreze o legătură apropiată și stabilă cu statul în chestiune, luând în considerare obiectivele specifice ale prezentului regulament”[12].

Menționăm faptul că Regulamentul nr. 650/2012 se aplică și notarilor publici, noțiunea de instanță judecătorească fiind interpretată într-un sens mai larg, intrând aici și alte organisme care exercită atribuții judiciare.

Articolul 4 din Regulamentul nr. 650/2012 trasează competența generală de a hotărî cu privire la succesiune în sarcina instanței judecătorești din statul membru în care defunctul își avea reședința obișnuită în momentul decesului.

O valență deosebit de importantă este dată voinței părții în alegerea legii aplicabile procedurii succesorale în ansamblu său prin dispozițiile articolului 22 din Regulamentul nr. 650/2012. Astfel, partea poate opta fie pentru legea statului a cărui cetățenie o deține în momentul alegerii legii sau la data decesului, iar dacă deține mai multe cetățenii poate să aleagă legea oricăruia dintre statele al căror cetățean este în momentul alegerii legii sau la momentul decesului.

În absența unei atare opțiuni Regulamentul nr. 650/2012 reglementează și o competență subsidiară în art. 10 care să acopere situația în care reședința obișnuită a defunctului în momentul decesului nu este situată într-un stat membru. În această situație instanțele unui stat membru în care sunt situate bunuri care fac parte din patrimoniul succesoral sunt totuși competente să se pronunțe asupra succesiunii în ansamblu său, în măsura în care: „(a) defunctul avea cetățenia acelui stat membru la data decesului; sau, dacă această condiție nu este îndeplinită, (b) defunctul își avea anterior reședința obișnuită în statul membru respectiv, cu condiția ca, în momentul sesizării instanței, să nu fi trecut mai mult de cinci ani de la schimbarea reședinței obișnuite”.

[11] Publicat în J. Of. L201/107 din 27 iulie 2012, disponibil pe pagina de internet https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A32012R0650, accesată 11.05.2021.

[12] Paragraful 23 preambulul Regulamentului nr. 650/2012.

Cu toate acestea, dacă nicio instanță judecătorească a vreunui stat membru nu este competentă în temeiul domiciliului sau cetățeniei defunctului, instanțele statului membru în care se situează bunuri care fac parte din patrimoniul succesoral sunt totuși competente să se pronunțe asupra respectivelor bunuri[13].

Cu privire la competența teritorială a instanțelor de judecată referitore la cererile privitoare la moștenire, până la ieșirea din indiviziune, art. 118 Cod procedura civilă stabilește faptul că sunt de competența exclusivă a instanței celui din urmă domiciliu al defunctului. Intră aici: cererile privitoare la validitatea sau executarea dispozițiilor testamentare; cererile privitoare la moștenire și la sarcinile acesteia, precum și cele privitoare la pretențiile pe care moștenitorii le-ar avea unul împotriva altuia; cererile legatarilor sau ale creditorilor defunctului împotriva vreunuia dintre moștenitori sau împotriva executorului testamentar.

Procedura divorțului - rolul ultimului domiciliu comun în stabilirea competenței

Desfacerea căsătoriei creează, tot în contextul liberei circulații a persoanelor, numeroase dificultăți în determinarea competenței teritoriale de soluționare a cererii de divorț, în contextul în care sunt situații în care părțile s-au căsătorit în România, ultimul domiciliu comun l-au avut într-un alt stat membru al Uniunii Europene, iar ulterior una dintre părți revine în țară sau se mută în alt stat, însă pentru celeritate își dorește ca procedura divorțului să se desfășoare în România.

Cel mai facil, atunci când părțile se înțeleg și există un consens, este să se adreseze notarului public cu sediul biroului în circumscripția judecătoriei în a cărei rază teritorială se află locul încheierii căsătoriei sau ultima locuință comună a soților, care în temeiul art. 15 lit. e) Legea nr. 36/1995, este competent în procedura divorțului. Notarul public are obligația să verifice legea aplicabilă divorțului pentru căsătoria solicitată a fi desfăcută.

Părțile se pot adresa și instanței de judecată competente. Codul de procedură civilă reglementează procedura divorțului și stabilește drept competentă teritorial să soluționeze cererea de divorț judecătoria în circumscripția căreia se află cea din urmă locuință comună a soților. În concordanță cu dispozițiile art. 915 „dacă soții nu au avut locuință comună sau dacă niciunul dintre soți nu mai locuiește în circumscripția judecătoriei în care se află cea din urmă locuință comună, judecătoria competentă este aceea în circumscripția căreia își are locuința pârâtul, iar când pârâtul nu are locuința în țară și instanțele române sunt competente internațional, este competentă judecătoria în circumscripția căreia își are locuința reclamantul. Dacă nici reclamantul și nici pârâtul nu au locuința în țară, părțile pot conveni expres să introducă cererea de divorț la orice judecătorie din România. În lipsa unui asemenea acord, cererea de divorț este de competența Judecătoriei Sectorului 5 al Municipiului București”.

[13] Art. 10 alin. (2) din Regulamentul nr. 650/2012.

Un rol esențial în stabilirea competenței teritoriale a instanțelor de judecată îl are Regulamentul (CE) nr. 2201/2003 al Consiliului din 27 noiembrie 2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești, de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1347/2000[14].

Regulamentul nr. 2201/2003 stabilește ca fiind competente „să hotărască în problemele privind divorțul, separarea de drept și anularea căsătoriei instanțele judecătorești din statul membru: (a) pe teritoriul căruia se află: reședința obișnuită a soților sau ultima reședință obișnuită a soților în condițiile în care unul dintre ei încă locuiește acolo sa reședința obișnuită a pârâtului sau în caz de cerere comună, reședința obișnuită a unuia dintre soți sau reședința obișnuită a reclamantului în cazul în care acesta a locuit acolo cel puțin un an imediat înaintea introducerii cererii sau reședința obișnuită a reclamantului în cazul în care acesta a locuit acolo cel puțin șase luni imediat înaintea introducerii cererii și în cazul în care acesta este fie resortisant al statului membru respectiv”[15].

Rolul domiciliului în stabilirea competenței soluționării cererilor privind răspunderea părintească

Cu privire la cererile în materia răspunderii părintești este competentă să soluționeze cauza instanța judecătorească din statul membru în care copilul își are reședința obișnuită la momentul la care instanța este sesizată.

Competența este păstrată, în cazul în care copilul se mută în mod legal dintr-un stat membru în altul și dobândește o nouă reședință obișnuită, de către instanțele judecătorești din statul membru al fostei reședințe obișnuite a copilului, „pe o perioadă de trei luni de la mutare, pentru modificarea unei hotărâri privind dreptul de vizită pronunțată în acest stat membru înainte de mutarea copilului, în cazul în care titularul dreptului de vizită în temeiul hotărârii privind dreptul de vizită continuă să locuiască în mod obișnuit în statul membru al fostei reședințe obișnuite a copilului”[16].

Relevante sunt și dispozițiile art. 114 alin. (1) C. proc. civ., dispoziții ce prevăd că „în materie de tutelă și familie, dacă legea nu prevede altfel, cererile privind ocrotirea persoanei fizice date de Codul civil în competența instanței de tutelă și de familie se soluționează de instanța în a cărei circumscripție teritorială își are domiciliul sau reședința persoana ocrotită”. În practica constantă a instanțelor judecătorești[17] se admite faptul că noțiunea de reședință este privită lato

[14] Publicat în J. Of. al UE L 338, 23.12.2003, p. 1–29, disponibil pe pagina de internet https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A32003R2201, accesat în 14.05.2021.

[15] Art. 3 din Regulamentul nr. 2201/2003.

[16] Art. 9 din Regulamentul nr. 2201/2003.

[17] B.D. Moloman, *Consideraţii privind competenţa Autorităţii Tutelare sub auspiciile noilor reglementări legale*, în Pandectele Române, nr. 7/2014, p. 66.

sensu, respectiv se are în vedere locuința în fapt a minorului la data introducerii cererii de chemare în judecată.

În situația în care părțile de adresează instanței de judecată cu o cerere având ca obiect desfacere căsătorie prin acord, exercitare autoritate părintească în comun și stabilire domiciliu minor la unul dintre ei[18], chiar dacă există un consens între părți practica instanțelor de judecată va fi, în cazul în care minorii se află în străinătate, unde își au reședința obișnuită, de a disjunge cererea de divorț de cererile care vizează copiii. Cererea de divorț va fi soluționată de către instanța românească, în baza acordului părților, iar cererile privind răspunderea părintească vor fi respinse în temeiul art. 1071 Cod procedură civilă[19] raportat la art. 8 din Regulamentul nr. 2201/2003, prin admiterea excepția necompetenței internaționale a instanțelor române, de cele mai multe ori invocată din oficiu.

În situația particulară, în care reședința obișnuită a copilului nu poate fi stabilită și astfel nici competența nu poate fi stabilită, vor fi competente să soluționeze cererile privind răspunderea părintească instanțele judecătorești din statul membru în care este prezent copilul, conform art. 13 din Regulamentul nr. 2201/2003 care reglementează competența instanțelor de judecată pe baza prezenței minorului.

Nici procedura notarială nu reprezintă o soluție într-o atare situație, în condițiile în care pentru valabilitatea acordului parental notarul are obligația de a audia minorul și de a obține raportul de anchetă psihosocială, obligație trasată de dispozițiile art. 102 din Legea nr. 36/1995. Astfel, minorul trebuie să fie adus în România, existând ulterior riscul, ca în cazul în care una dintre părți se răzgândește cu privire la acordul parental, să nu mai poată reveni în țara unde domiciliază în mod curent. Este o situație care apare în practică deosebit de frecvent, cererile de ordonanță prezidențială pentru obținerea unui hotărâri care să țină loc de acordul celuilalt părinte nu se judecă întotdeauna cu celeritate în realitate, din cauza supraaglomerării instanțelor de judecată, o atare procedură putând dura luni de zile, timp în care minorii lipsesc de la școală, de la evenimentele pe care le aveau programate și mai grav uneori există riscul să nu urmeze anumite tratamente medicale disponibile în statul unde își aveau reședința obișnuită.

Apreciem că art. 12 alin. (3) lit. b din Regulament ar putea să constituie just temei pentru instanța internă investită cu soluționarea cererii în condițiile în care competența instanțelor a fost acceptată în mod expres sau în orice alt mod

---

[18] M. Păpureanu, *Comentarii, doctrină și jurisprudență* (la art. 483-512), în Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență, vol. I, Editura Hamangiu, București, 2012, pp. 728-733.

[19] Art. 1071 Cod proc. civ. prevede faptul că „(1) Instanţa sesizată verifică din oficiu competenţa sa internaţională, procedând conform regulilor interne privind competenţa, iar dacă stabileşte că nu este competentă nici ea, nicio altă instanţă română, respinge cererea ca nefiind de competenţa jurisdicţiei române, sub rezerva aplicării prevederilor art. 1.070. Hotărârea instanţei este supusă recursului la instanţa ierarhic superioară.(2) Necompetenţa internaţională a instanţei române poate fi invocată în orice stare a procesului, chiar şi direct în căile de atac. Dispoziţiile art. 1.067 rămân aplicabile”.

neechivoc de către toate părțile la procedură la data sesizării instanței, iar competența este în interesul superior al copilului. Într-adevăr ultima teză a acestui articol relativă la interesul superior al miorului lasă un loc prea larg interpretării, practic instanțele apreciind că este în interesul superior al minorului să fie adoptată soluția relativă la cererile privind răspunderea părintească de către instanța de la reședința obișnuită a minorului.

Concluzii

Domiciliul rămâne un reper semnificativ în determinarea competenței notarului public și al instanțelor judecătorești.

Soluțiile oferite prin Regulamentul nr. 650/2012 în procedura succesorală și prin Regulamentul nr. 2201/2003 în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești răspund foarte bine problemelor generate de competența determinată de domiciliu.

Așa cum am observat în cele expuse în prezentul studiu, există numeroase situații în care domiciliul părților reprezintă unicul reper în stabilirea competenței, un eventual acord al părților neavând nicio relevanță.

Din acest motiv apreciem că legislația internă nu răspunde întru totul exigențelor europene în special cu privire la cererile care privesc răspunderea părintească. Considerăm că în interesul superior al minorului este în realitate adoptarea unei hotărâri cu celeritate, care să fie utilă și care să deblocheze situația minorilor prinși într-o situație juridică incertă.

Referințe

Boroi G., *Drept civil. Partea generală. Persoanel*e, ed. a 4-a, Editura Hamangiu, București, 2010

Moloman B.D., *Consideraţii privind competenţa Autorităţii Tutelare sub auspiciile noilor reglementări leg*ale, în Pandectele Române. nr. 7/2014, pp. 59-78

Păpureanu M., *Comentarii, doctrină şi jurisprudenţă* (la art. 483-512), în Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență, vol. I, Editura Hamangiu, București, 2012

Scheaua M. (coord.), Rizoiu R., Bodu S., Trăilă D., Dub M., Tec L., *Codul Civil – Comentat si adnotat. Despre legea civilă. Despre persoane. Art. 1-257*, Editura Rosetti, București, 2018

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-2

Planning-ul fiscal ante-2021 al giganților publicitari. Sustragerea veniturilor din publicitate de la impozitare. Rolul domiciliului fiscal. Perspective pentru viitor

2021 ex-ante fiscal planning of *online* advertising giants. Tax avoidance for *online* advertising revenues. The role of tax residency. Prospects for the future

Aura-Elena Amironesei[1]

Rezumat: Piața serviciilor de publicitate digitală este dominată de giganții publicitari cunoscuți generic drept Google și Facebook. Acestora le revine cel mai mare procent din veniturile din publicitatea *online* la nivel mondial și în același timp publicitatea *online* reprezintă principala și considerabila lor sursă de venit. Serviciile de publicitate, parte integrantă a economiei digitale, au o serie de caracteristici specifice internetului și au la bază drepturi de proprietate intelectuală, cunoscute și drept active intangibile. În încercarea proprie tuturor companiilor de a maximiza profitul, Google și Facebook exploatează caracteristicile serviciilor lor și a drepturilor de proprietate intelectuală, în scopuri fiscale, pentru reducerea substanțială a bazei impozabile, iar un rol cheie îl are domiciliul fiscal. Totuși, un mecanism funcțional de peste un deceniu începe să fie ajuns din urmă de profesioniștii în fiscalitate ai comunității internaționale, iar diverse obstacole sunt puse spre a destrăma schemele fiscale ale giganților publicitari mai ales începând cu anul 2021.

Cuvinte-cheie: planning fiscal; fiscalitate internațională; publicitate *online*

Abstract: *Online* advertising market is dominated by the advertising giants known as Google and Facebook. They are assigned the largest percentage of the global *online* advertising revenues. In the same time, *online* advertising constitutes their main and significant source of revenue. Advertising services, as a part of the digital economy, have a series of characteristics that are borrowed from the internet's ones, and are based upon IP rights known as intangible actives. In the natural attempt to maximize the profits of the companies, Google and Facebook exploit the special characteristics of their services and IP rights, for tax purposes, in order to substantially reduce the tax base, creating a scheme in which tax residency plays a key role. Nevertheless, a mechanism that has been working for over a decade begins to be caught up by international tax professionals, and different obstacles are posed for breaking the tax schemes of the advertising giants, especially starting with 2021.

Keywords: fiscal planning; international taxation; *online* advertising

[1] Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, e-mail: aura.amironesei@yahoo.com.

1. Premise ale existenţei planning-ului fiscal elaborat de giganţii publicitari multinaţionali

Noua dimensiune globală a dezvoltării societăților multinaționale a făcut posibilă stabilirea sucursalelor și a filialelor oriunde în lume[2], cu ușurință. În cazul celor care au activitatea fundamentată pe drepturi de proprietate intelectuală, cum sunt societățile din industria tehnologică, mobilitatea teritorială este augumentată de caracterul ușor transferabil și în timp real al acestor drepturi ce reprezintă active intangibile[3].

Tradițional, comerțul internațional cuprindea operațiuni cu bunuri materiale, tangibile, care făceau facilă urmărirea acestora, impozitarea operațiunilor în care erau implicate[4] și îngreuna din punct de vedere logistic și temporal transferul lor interteritorial. În prezent, o parte semnificativă din bunurile și serviciile comercializate pe piața internațională se bazează pe drepturi de proprietate intelectuală[5], mai ales cum trăim într-o societate informațională ce abundă în tehnologie și funcționează pe baza acesteia. Emersiunea marketingului în comerțul international a generat mai mult ca niciodată o suită de drepturi de proprietate intelectuală constând, în principal, în mărci ale companiilor ce sunt interesate să se individualizeze și să concureze pe piețele naționale. Metamorfoza fluxului de bunuri și servicii dintr-unul preponderent tangibil într-unul ce nu își mai găsește un corespondent în existența materială, și-a răsfrânt efectele și asupra sistemelor naționale de impozitare. În fața noilor tipuri de schimburi și relații comerciale, legislațiile fiscale naționale s-au arătat a fi lipsite de instrumente pentru a depista și urmări fluxurile informaționale și tehnologice. Sistemele de impozitare nu au mai avut capacitatea de a menține ritmul dezvoltării, rămânând ușor în urma caracteristicilor și componentelor activităților economice din prezent[6], în sensul că nici nu le poate cuprinde în mod integral prin reglementările legale.

Cele mai avantajate de dezvoltarea lentă și inegală a sistemelor fiscale naționale și, totodată, de inexistența unui sistem fiscal international de tip *hard law*, sunt societățile multinaționale ce au la bază tehnologia și drepturile de proprietate intelectuală, precum Google și Facebook. Acestea exploatează stadiul mai puțin dezvoltat al legislațiilor fiscale naționale, precum și lipsa coordonării dintre acestea, alături de eventuale excepții de la impozitare pe care le înglobează. Mai mult, acestea se îndreaptă și spre cea mai slabă verigă de natură fiscală, și anume

---

2 D. Thorne, *The Double Irish And Dutch Sandwich Tax Strategies: Could A General Antiavoidance Rule Counteract The Problems Caused By Utilisation Of These Structures?*, Llm Research Paper, Laws 516: Taxation, Domestic And International, Faculty of Law, University of Wellington, 2013, [*Online*] la https://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/3252/thesis.pdf?sequence=2, p. 5.

3 *Idem*, p. 5.

4 *Ibidem.*

5 *Ibidem.*

6 *Ibidem.*

paradisurile fiscale, care ajung să se transpună în ultima verigă din lanțul societar creat special și într-un mod fezabil pentru evitarea impunerilor fiscale.

Drepturile de proprietate intelectuală sunt preferate atunci când se pune în discuție o schema fiscală pentru evitarea impunerilor fiscală (*tax avoidance*) fiindcă se pretează spre a fi utilizate în mecanismul fiscal datorită intangibilității[7] lor. *Axis mundi*-ul schemelor fiscale în discuție este contractul de licență a drepturilor de proprietate intelectuală[8]. Drepturile de proprietate intelectuală se află și sub egida caracterului unicității, astfel că procesul de comparare din orice analiză a prețului tranzacției este îngreunat considerabil[9] atunci când se pun în discuție prețurile de transfer cuprinse în contractele de licență, singurul element ce s-ar putea determina în concret fiind costul de producție. Prin urmare, este dificil, aproape imposibil să fie evaluate prin raportare la un eventual preț al pieței fiindcă nu există element de comparație[10], cu atât mai mult în cazul drepturilor pentru a căror ocrotire se solicită îndeplinirea condițiilor distinctivității și noutății. Aceste elemente creează breșa esențială pentru eludarea principiilor prețurilor de transfer atunci când sunt transferate intra-grup drepturile de proprietate intelectuală.

Schemele fiscale utilizate de giganții publicitari au la bază transformarea veniturilor provenite din exploatarea drepturilor de proprietate intelectuală, în redevențe[11] deductibile[12] cuprinse în contractele de licență. În economia digitală din care face parte și publicitatea *online*[13], profiturile pot fi deghizate drept redevențe[14], astfel încât să atragă incidența regimului fiscal aplicabil acestora, care facilitează evitarea impunerii și care, prin natura lor, permit o revalorificare majorată artificial care maximizează valoarea adăugată într-un stat cu avantaje

---

7 *Idem*, p. 18.

8 *Ibidem.*

9 *Ibidem.*

10 *Idem*, p. 19.

11 M. Kutera, *A model of aggressive tax optimization with the use of royalties*, în Journal of Economics and Management, ISSN 1732-1948, Vol. 30 (4), 2017, [*Online*] la https://www.ue.katowice.pl/fileadmin/user_upload/wydawnictwo/JEM_Artyku%C5%82y_1_30/JEM_30/05.pdf, p. 85.

12 R. W. Wood, *Double Irish Dutch Sandwich on the menu, for now*, în Los Angeles Daily Journal, February 18, 2014, [*Online*] la http://www.woodllp.com/Publications/Articles/pdf/Double_Dutch.pdf, p. 1.

13 IHS Technology, *Paving the way: how online advertising enables the digital economy of the future,* November 2015, [*Online*] la https://www.iabfrance.com/sites/www.iabfrance.com/files/atoms/files/iab_ihs_euro_ad_macro_finalpdf.pdf, p. 1.

14 H. Nusser, *Profit shifting within multinationals. An analysis of its tax-minimization potential and of anti-avoidance measures that extend taxation of interest and royalties at source*, 22 July 2017, Stuttgart, [*Online*] la https://madoc.bib.uni-mannheim.de/44285/1/Dissertation_Nusser_MADOC.pdf, p. 61.

fiscale[15]. Astfel de scheme se pot traduce de fapt și în forme de interfinanțare în interiorul grupului de companii[16].

O altă premisă a *planning*-ului fiscal este existența statelor cu avantaje fiscale (cu impozite foarte mici, fără impozite sau cu o serie de alte beneficii importante), alături de reglementarea unor regimuri fiscale preferențiale în anumite state[17]. Statele respective sunt denumite generic „paradisuri fiscale" și reprezintă o tentație pentru societățile multinaționale care sunt caracterizate tocmai prin dimensiunea globală și au capacitatea financiară și logistică de a-și materializa prezența în orice stat decid. Paradisurile fiscale funcționează ca un magnet pentru profituri și există în scopul de a atrage investițiile străine prin oferirea unui sistem fiscal foarte avantajos, ce reprezintă chiar o componentă a politicii statale, mai ales în Irlanda[18], stat pe care îl vom analiza din acest punct de vedere, fiindcă este unul dintre actorii principali ai schemelor fiscale expuse. Paradisurile fiscale precum Irlanda[19], și nu numai, țintesc în special companiile americane datorită profitabilității lor la nivel global[20], a infrastructurii pe care o dezvoltă în țara în care se stabilesc și a locurilor de muncă create.

Paradisurile fiscale sunt utile fiindcă schemele fiscale pentru evitarea impunerii necesită în primul rând metode de punere la adăpost a veniturilor obținute în afara teritoriului societății-mamă[21]. Apoi, persoanele afilitate care

---

15 J. Stewart, *MNE Tax Strategies and Ireland*, în Critical perspectives on international business 14 (9), 2017, [*Online*] la https://www.tcd.ie/business/assets/pdf/MNE-tax-strategies-and-ireland.pdf, p. 4.

16 H. Nusser, *op. cit.,* p. 61.

17 *Idem*, p. 17.

18 J. Stewart, *op. cit.,* p. 2.

19 În sensul că Irlanda este un paradis fiscal, a se vedea, Oxfam, *Blacklist or whitewash? What a real EU blacklist of tax havens should look like*, ISBN 978-1-78748-125-1, November 2017, [*Online*] la https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/bn-blacklist-whitewash-tax-havens-eu-281117-en_0.pdf, pp. 3, 9; K. O'Donell, *Strategies employed by Multinational Companies to Evade Tax, with a particular emphasis on Tax Havens*, în Revue Juridique étudiante de l'Université de Montréal volume 3, 2017, [*Online*] la https://rjeum.openum.ca/files/sites/165/2020/07/RLEUM_vol3-Chronique-2020-7-27-115-123.pdf; PwC Société d'Avocats, *Brazil: Ireland included in list of tax havens and Austrian holding companies in the privileged tax regime list*, [*Online*] la https://www.pwcavocats.com/fr/ealertes/ealertes-international/brazil-ireland-included-in-list-of-tax-havens-and-austrian-hold.html; Oxfam, *Tax Battles. The dangerous global Race to the Bottom on Corporate Tax*, 12 December 2016, ISBN 978-0-85598-847-0, [*Online*] la https://www.oxfamnovib.nl/Redactie/Downloads/Rapporten/ 20161212%20bp-race-to-bottom-corporate-tax-121216-en-EMBARGO.pdf, p. 4. Pentru opinia contrară, a se vedea, G. Tobin, K. Walsh, *What Makes a Country a Tax Haven? An Assessment of International Standards Shows Why Ireland Is Not a Tax Haven*, în The Economic and Social Review, vol. 44, no. 3, Autumn, 2013, [*Online*] la https://igees.gov.ie/wp-content/uploads/2014/02/What-makes-a-country-a-tax-haven.pdf.

20 J. Stewart, *op. cit.,* p. 2.

21 H. Nusser, *op. cit.,* p. 17.

încasează veniturile sau primesc redevențele ar trebui localizate în țări cu impozitare foarte redusă sau inexistentă[22] astfel încât să fie atins scopul de a evita impunerea.

Alte premise ale existenței *planning*-ului fiscal constau în instrumentele ce pot fi utilizate pentru funcționarea sa. În general, acestea ar fi *treaty shopping*[23], ocolirea regulilor în materie de *Controlled Foreign Company*[24] („CFC"), regimuri fiscale preferențiale, acorduri artificiale, soluții fiscale individuale, capitalizare în paradisuri fiscale, destrămarea barierelor logistice între țări[25] și stabilirea fizică în jurisdicții fiscale cu beneficii consistente[26].

Rațiunea ce stă la baza *planning*-ului fiscal și a înființării sucursalelor, care să asigure structura corporatistă în scopul evitării impozitării este creșterea profiturilor[27] și minimizarea costurilor acestui proces de creștere[28]. Există chiar o presiune asupra directorilor companiilor în sensul de a menține profitul la cote înalte[29] ca urmare a *corporate fiduciary duty*[30], ce presupune protejarea intereselor acționarilor (creșterea încasărilor și reducerea costurilor operaționale, inclusiv cu impozitele).

Insistăm de la bun început asupra faptului că este legală planificarea fiscală pentru reducerea[31] și chiar evitarea impozitelor, deși există o dezbatere cu privire la acest subiect, fiindcă ceea ce pentru unii ar echivala cu un *planning* fiscal

---

22 *Ibidem.*

23 *Treaty shopping* în materie fiscală reprezintă obținerea unor avantaje din tratatele bilaterale încheiate între două state, fără a fi rezidentul niciunuia dintre statele respective. Pentru mai multe detalii, a se vedea, OECD, *Action 6 Prevention of tax treaty abuse*, [*Online*] la https://www.oecd.org/tax/beps/bepsactions/action6/.

24 *CFC* reprezintă o companie înregistrată și cu activitate în altă jurisdicție decât cea în care este rezidentă compania care o deține și, respectiv, o controlează. Pentru mai multe detalii, a se vedea, J. Chen, *Controlled Foreign Corporation*, Investopedia, 23 August 2019, [*Online*] la https://www.investopedia.com/terms/c/cfc.asp.

25 J. Sokatch, *Transfer-Pricing with Software Allows for Effective Circumvention of Subpart F Income: Google's „Sandwich" Costs Taxpayers Millions*, în The International Lawyer, Vol. 45, no. 2, 2011, [*Online*] la https://core.ac.uk/download/pdf/216908559.pdf, p. 731.

26 European Parliament, *Tax challenges in the Digital economy. Study*, IP/A/TAXE2/2016-04, PE 579.002, June 2016, [*Online*] la https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579002/IPOL_STU(2016)579002_EN.pdf p. 16.

27 A. Zubair, *Profit Maximisation as an objective of a firm - A Robust Perspective*, International Journal of Research in Finance and Marketing, vol. 7, issue 6, June 2017, [*Online*] la https://www.researchgate.net/publication/331465420_Profit_Maximisation_as_an_objective_of_a_firm-A_Robust_Perspective, p. 217.

28 J. Sokatch, *op. cit.*, p. 730.

29 *Idem*, p. 731.

30 *Corporate fiduciary duty* se referă la obligația de a acționa în interesul acționarilor. Aceasta include obligația de loialitate, bună-credință și diligență. Pentru mai multe detalii, a se vedea, *Corporate Law: What Is Fiduciary Duty?*, [*Online*] la https://www.rocketlawyer.com/article/corporate-law-what-is-fiduciary-duty-cb.rl.

31 R. W. Wood, *op. cit*, p. 1.

inteligent, pentru alţii ar putea avea semnificaţia unei scheme de evaziune fiscală[32] (cum ar fi pentru autorităţile fiscale din statele ”prejudiciate”). Subliniem că subzistă o diferenţă esenţială[33] între *tax avoidance*, în sensul de evitare a impunerilor fiscale fără încălcarea legii (o formă de optimizare fiscală)[34], şi *tax evasion*, însemnând evaziune fiscală, care presupune un comportament contrar legii[35]. Schemele în discuţie se circumscriu categoriei *tax avoidance*, dar sunt însoţite de atributul agresivităţii, acestea fiind considerate ca având la bază strategii fiscale agresive[36]. Există pus semnul echivalenţei între evitarea fiscală şi optimizarea fiscală, fiindcă prin optimizare, valorificând lacunele şi excepţiile din legislaţiile naţionale, se atinge scopul de a reduce sarcina fiscală[37]. *Tax avoidance* practicat în schemele fiscale expuse reprezintă, prin urmare, o optimizare fiscală agresivă[38].

Printre giganţii publicitari[39] care au adoptat strategii fiscale agresive pentru evitarea impunerilor[40] pe veniturile obţinute *offshore* din serviciile de pulicitate se numără Facebook şi Google[41][42]. Google este primul în topul prestatorilor de servicii publicitare *online*, fiind urmat imediat de Facebook[43]. Aceştia oferă predominant servicii digitale ce nu necesită o prezenţă fizică în statul în care se află şi destinatarii, iar veniturile provin din preţurile plătite pentru serviciile de publicitate *online*. Aceştia au „*advertisement model*” drept model de afaceri, veniturile fiind generate de către utilizatorii ce sunt expuşi la conţinutul publicitar[44].

---

32 *Ibidem.*

33 A. Seely, *Tax avoidance and tax evasion, Briefing Paper*, no. 7948, House of Commons Library, 18 April 2020, [*Online*] la http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7948/CBP-7948.pdf, p. 3.

34 I. M. Costea, *Drept financiar. Note de curs*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2016, p. 110.

35 *Ibidem.*

36 J. Stewart, *op. cit.*, p. 23.

37 M. Kutera, *op. cit.*, p. 87.

38 *Idem*, p. 88.

39 European Parliament, *Tax challenges in the Digital economy. Study*, ..., p. 17.

40 R. Graham, *Google and advertising: digital capitalism in the context of Post-Fordism, the reification of language, and the rise of fake news*, în Palgrave Communications 3, 45 (2017), [*Online*] la https://www.nature.com/articles/s41599-017-0021-4, p. 11.

41 G. Sterling, *Almost 70% of digital ad spending going to Google, Facebook, Amazon, says analyst firm*, Marketing Land, June 17, 2019, [*Online*] la https://marketingland.com/almost-70-of-digital-ad-spending-going-to-google-facebook-amazon-says-analyst-firm-262565.

42 N. Perrin, *What Facebook, Google and Amazon's earnings mean for our 2020 ad spend outlook*, Business Insider, August 3, 2020, [*Online*] la https://www.businessinsider.com/facebook-google-amazon-announce-better-than-expected-ad-revenues-2020-8.

43 K. Paul, *Facebook faces tax court trial over Ireland offshore deal*, Reuters, February 18, 2020, [*Online*] la https://www.reuters.com/article/us-facebook-tax/facebook-faces-tax-court-trial-over-ireland-offshore-deal-idUSKBN20C2CQ.

44 European Parliament, *Tax challenges in the Digital economy. Study*, ..., pp. 14, 17.

În continuare, vom analiza schemele fiscale implementate de Facebook și Google, consecințele pe care acestea le produc și ajustările ce au avut loc de-a lungul timpului. Totuși, ținem să menționăm că astfel de studii prezintă o serie de dificultăți ce provin din caracterul confidențial al unor înțelegeri încheiate între autorități și companii și din protecția riguroasă asigurată documentelor și informațiilor economice ale companiilor[45]. În final, vom analiza impactul existenței *planning*-ului fiscal agresiv la nivel macroeconomic și remediile propuse de comunitatea internațională.

2. Grupul de companii Facebook. Structură. Double Irish drept schema fiscală

2.1. Prezentare generală a grupului de companii Facebook

Facebook se află în topul companiilor de tehnologie, alături de Microsoft, Amazon, Apple și Google. Aceasta este o companie multinațională, societatea-mamă fiind Facebook Inc cu sediul social în Menlo Park, California[46]. Serviciile companiei deservesc întreg Globul, exceptând țările care au blocat prestarea acestor servicii (*e.g.* China, Iran, Siria și Coreea de Nord[47]).

Facebook deține și Instagram, Messenger, WhatsApp și Oculus VR[48], CrowdTangle[49], iar din 2019 și Novi[50]. Adiacent serviciilor prestate prin punerea la dispoziție a platformei de socializare Facebook, mai sunt oferite și Facebook Messenger, Facebook Watch[51] și Facebook Portal[52]. Începând cu 2019, Facebook a demarat și un proiect pentru dezvolarea propriei criptomonede și a unui sistem de plată bazat pe *blockchain*, denumit Libra Networks, și a înființat Libra Association[53], cu sediul în Geneva, pentru supervizarea proiectului.

2.2. Structura grupului Facebook

Societatea-mamă deține două societăți-fiice principale. Facebook Inc. a înființat o sucursală în Irlanda, și anume Facebook Ireland Holdings Unlimited

---

45 M. Kutera, *op. cit.*, p. 86.

46 Pentru mai multe detalii, a se vedea, https://about.fb.com/company-info/.

47 Wikipedia, *Censorship of Facebook*, [*Online*] la https://en.wikipedia.org/ wiki/ Censorship_of_Facebook.

48 WhatsApp, *The Facebook Companies*, [*Online*] la https://faq.whatsapp.com/general/ security-and-privacy/the-facebook-companies/?lang=en.

49 https://www.crowdtangle.com/privacy.

50 https://about.fb.com/company-info/.

51 Pentru mai multe detalii, a se vedea, Facebook Business, *Despre Facebook Watch,* [*Online*] la https://www.facebook.com/business/help/299111170863908?id=214359809769375.

52 Pentru mai multe detalii, a se vedea, Wikipedia, *Facebook Portal*, [*Online*] la https://en.wikipedia.org/wiki/Facebook_Portal.

53 Pentru mai multe detalii, a se vedea, *The Diem Association*, [*Online*] la https://www.diem.com/en-us/association/.

(„FIHU")[54]. Aceasta, la rândul său, deține o altă sucursală, Facebook Ireland Limited („FIL"), care a fost înregistrată în 2008, este controlată de Facebook Inc. și are sediul în Grand Canal Harbour, Dublin 2[55]. Aceasta este parte în toate contractele încheiate de Facebook cu utilizatorii care nu sunt americani sau canadieni. Prin urmare, prestarea serviciilor de publicitate către toți utilizatorii din Europa, și nu numai, se realizează prin contractele încheiate de FIL, cea mai mare unitate Facebook[56].

În ceea ce privește FIHU, a fost dată publicității o notificare pentru eventualii creditori pentru a se înscrie la masa credală fiindcă ar intra în lichidare voluntară[57]. Am identificat două motive ce ar putea sta la baza acestei operațiuni, motive pe care le vom discuta în secțiunile următoare.

La nivel global, Facebook are mai multe birouri teritoriale, în peste 35 de țări[58], constituite sub formă de societăți naționale, în mai multe state. Activitatea acestora constă în asigurarea prestării serviciilor către clienții din respectiva țară, uneori și regiune, adaptarea produselor Facebook la specificul local/regional și instruirea utilizatorilor locali cu privire la utilizarea serviciilor și produselor Facebook. Spre exemplu, Facebook are birou teritorial în India, care se ocupă de partea de publicitate și oferă suport pentru clienții serviciilor de publicitate. Biroul din India raportează direct Facebook Inc[59] și nu către FIL. În Indonezia, decizia de a înființa un birou teritorial a venit și ca urmare a legislației indoneziene, care solicită prezență permanentă, pe teritoriul national în scopuri fiscale, precum și menținerea unor date în servere locale[60]. Prin intermediul societății indoneziene se prestează servicii de management și consultanță în afaceri[61] în mediul local. În biroul din Malaezia, activitatea constă în oferirea serviciilor de suport pentru afaceri locale[62].

---

54 Pentru mai multe detalii, a se vedea, *Facebook Ireland Holdings Unlimited Company*, [*Online*] la https://opencorporates.com/companies/ie/466405.

55 Pentru mai multe detalii, a se vedea, *Facebook Ireland Limited*, [*Online*] la https://opencorporates.com/companies/ie/462932.

56 N. Raymond, T. Bergin, *U.S. tax agency investigates Facebook's Ireland asset transfer*, Reuters, 7 July 2016, [*Online*] la https://de.reuters.com/article/us-facebook-tax-idUSKCN0ZN1IU.

57 Open Corporates, *Facebook Ireland Holdings Unlimited Company had a Gazette Notice last seen on November 6 2020,* [*Online*] la https://opencorporates.com/statements/955068058.

58 Pentru toate locațiile birourilor Facebook, a se vedea: https://craft.co/ facebook/locations, https://www.facebook.com/careers/locations și https://headquartersoffice.com/facebook/.

59 https://www.livemint.com/.

60 N. Freischlad, *Facebook finally opens permanent office in Jakarta, the world's most active city on Instagram*, 15 August 2017, [*Online*] la https://www.techinasia.com/facebook-new-jakarta-office

61 N. Freischlad, *Facebook finally opens permanent office in Jakarta, the world's most active city on Instagram*, ...

62 T. J. Yee, *Facebook Malaysia expands its office and commitments, but puts no dollar value to its investments*, 29 May 2019, [*Online*] la https://www.digitalnewsasia.com/digital-

În 2018, FIL, cea care încasează prețul din contractele de prestări servicii de publicitate, a avut venituri totale de 25,5 miliarde de euro, iar taxele achitate au fost în valoare de 63,2 milioane de euro, însemnând un procent de 17.5%[63]. Compania susține că a contribuit la economia Irlandei cu 961 milioane de euro[64] (incluzând și cheltuielile de personal).

Încheierea contractelor cu FIL, în loc de Facebook Inc., permite Facebook să eludeze sistemul de impozitare instituit în Statele Unite ale Americii și, în plus, beneficiază cu siguranță și de soluția fiscală anticipată irlandeză[65]. Evitarea impozitării se realizează prin intermediul schemei fiscale *Double Irish* care este un instrument pentru *base erosion and profit shifting*[66] („BEPS").

2.3. Elementele ce fundamentează *Double Irish*. Mecanismul său de funcționare

2.3.1. Impozitarea în Irlanda. Geneza Double Irish având ca fundament legea irlandeză

Legislația irlandeză prevede un cuantum al impozitului pe profit în valoare de 12,5% în cazul profiturilor obținute de pe urma veniturilor realizate direct din comerț[67], nu și în cazul celor obținute din urma veniturilor pasive[68]. Veniturile pot fi reținute ca fiind din comerț direct atunci când activități cu conținut economic, care contribuie la valoarea produselor vândute sau a serviciilor prestate, au loc în Irlanda și când este angajată forță de muncă calificată în Irlanda. În cazul veniturilor ce au la bază exploatarea drepturilor de proprietate intelectuală, acestea se califică pentru un impozit redus, în cuantum de 12,5%, atunci când drepturile respective sunt dezvoltate în Irlanda, iar operațiunile fizice pentru distribuirea lor au loc tot în Irlanda[69]. Impozitul irlandez de 12,5% este unul dintre cele mai mici la

economy/facebook-malaysia-expands-its-office-and-commitments-but-puts-no-dollar-value-to-its-investments.

63 W. Goodbody, *Facebook's Irish profits rose 43% last year*, 25 November 2019, [*Online*] la https://www.rte.ie/news/business/2019/1125/1095081-facebooks-irish-profits-rose-43-last-year/.

64 W. Goodbody, *Facebook's Irish profits rose 43% last year*, ...

65 I. M. Costea, *Europa şi merele de aur... Sau despre lectura normei fiscale prin regulile pieței unice*, în Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, Tomul LXVI/II, Științe Juridice, 2020, p. 203.

66 Pentru mai multe detalii, a se vedea, OECD, *What is BEPS?*, [*Online*] la https://www.oecd.org/tax/beps/about/.

67 Irish Tax and Customs, *What constitutes a trade?*, Tax and Duty Manual, Part 02-02-06, September 2019, [*Online*] la https://www.revenue.ie/en/tax-professionals/tdm/income-tax-capital-gains-tax-corporation-tax/part-02/02-02-06.pdf p. 3.

68 J. P. Brothers, *From the Double Irish to the Bermuda Triangle*, November 24, 2014, [*Online*] la https://sven-giegold.de/wp-content/uploads/2015/03/From-Double-Irish-to-Bermuda-Triangle-2014.pdf, p. 691.

69 *Ibidem.*

nivel mondial. În plus, Irlanda are şi o serie de prevederi care valorificate, pot rezulta la rândul lor în avantaje fiscale majore.

În primul rând, Irlanda prezintă un avantaj prin mecanismul ales pentru impozitarea veniturilor în corelare cu restul elementelor ce fac parte din schema fiscală. În general, există două sisteme de impozitare a veniturilor: în mod global, de către statul de rezidență, sau teritorial[70], pe baza sursei venitului impozabil. Sistemul de impozitare prin raportare la rezidență este un sistem ce presupune impozitarea tuturor veniturilor pe care le realizează compania impozitată indiferent de teritoriu (stat) în timp ce cel bazat pe locul sursei de venit este unul teritorial[71], limitat la statul care impozitează. Ambele sisteme sunt exploatate de cei care doresc să evite impozitarea. În Irlanda, impozitarea este în baza principiului rezidenței.

Legea fiscală irlandeză prevede și o excepție, prin care permite ca o companie cu sediul principal peste ocean să fie înregistrată drept o companie irlandeză, dar să fie considerată rezidentă în scopuri fiscale acolo unde are sediul[72], sustrăgându-se de la regula general a teritorialității. Condițiile pentru aplicarea excepției sunt ca respectiva companie să fie una „relevantă" și să desfășoare activitate comercială pe teritoriul statului irlandez. O societate este relevantă atunci când este controlată de o altă societatea rezidentă în Uniunea Europeană sau de o companie cu sediul într-un stat care are un tratat privind dubla impozitare cu Irlanda. Statele Unite ale Americii („SUA") au un astfel de tratat bilateral privind dubla impozitare încheiat cu Irlanda[73].

În al doilea rând, legea fiscală irlandeză, *Finance Act 1999*[74], permite ca o companie să fie înregistrată în Irlanda, dar să fie considerată rezidentă[75] într-un paradis fiscal în scopuri fiscale. Aceasta este o excepție de la regula generală conform căreia statul de rezidență se determină pe baza locului înregistrării companiei[76]. Condițiile pentru aplicarea excepției sunt ca respectiva companie să aibă centrul de management și control în alt stat[77], să fie una „relevantă"[78], să desfășoare activitate comercială pe teritoriul statului irlandez și să controleze o companie rezidată în Irlanda[79]. Mecanismul general în Double Irish este că societatea-mamă, pentru a evita impunerile, va înființa o sucursală în Irlanda.

---

70 D. Thorne, *op. cit.*, p. 7.

71 *Ibidem.*

72 *Idem*, p. 8.

73 Convention Between the Government of Ireland and Government of the United States of America for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion With Respect to Taxes on Income and Capital Gains, Ireland-United States, signed 28 July 1997.

74 http://www.irishstatutebook.ie/eli/1999/act/2/enacted/en/html.

75 D. Thorne, *op. cit.*, p. 8.

76 J. P. Brothers, *op. cit.*, p. 692.

77 J. P. Brothers, *op. cit.*, p. 692.

78 D. Thorne, *op. cit.*, p. 8.

79 J. P. Brothers, *op. cit.*, p. 692.

Această sucursală din Irlanda va înființa la rândul său o altă societate pe care o va deține integral[80]. În acest mod, cea dintâi sucursală va îndeplini condițiile pentru a-și putea stabili rezidența fiscală într-un paradis fiscal.

În al treilea rând, existența soluțiilor fiscale anticipate irlandeze este un element important în schema fiscală. Adiacent certitudinii lor în cazul grupului Apple[81], se susține că probabilitatea ca statul irlandez să fi oferit soluții fiscale anticipate extrem de favorabile și altor companii este destul de ridicată[82], mai ales în considerarea caracterului selectiv și confidențial[83]. Soluțiile fiscale reprezintă acte administrative individuale, aplicabile doar între părți și doar cu privire la obiectul arătat în cuprinsul lor. Extrapolând informațiile disponibile din cauzele reunite T-778/16 și T-892/16, putem întrevedea obiectul și aplicabilitatea acestora. Astfel, prin acestea se poate fie determina alte valori, diminuate, ale impozitului aplicabil profiturilor, fie se poate stabili asupra căror segmente din profituri se aplică impozitul, fie chiar să îmbine ambele[84] avantaje.

În final, legea fiscală irlandeză prevede impozitarea anuală în sistem de reținere la sursă a redevențelor, precum cele transferate între companii irlandeze afilitate. Totuși, impozitul se aplică în privința brevetelor de invenții, iar în privința aplicabilității asupra veniturilor provenite din exploatarea unui cod *software*, planează o adevărată incertitudine, născută din înșăși formularea legii, și de care profită companiile în sensul interpretării că nu se aplică[85]. Astfel, se ajunge ca impozitul prevăzut să nu fie achitat atunci când redevențele sunt plătite pentru licența drepturilor de proprietate intelectuală ce privesc un cod *software*. Este important de menționat că legea nu face distincții bazate pe rezidență, astfel că impozitul ar fi aplicabil chiar dacă rezidența societății care primește redevențele nu este în Irlanda, ci într-un paradis fiscal[86].

2.3.2. Schema şi mecanismul Double Irish.

Numele de *Double Irish* provine de la implementarea mecanismului de evitare a impunerii prin utilizarea a două companii în Irlanda[87]. Prin intermediul său are loc *offshore profit shifting*[88]. Compania-mamă înființează o sucursală în

---

80 D. Thorne, *op. cit.*, p. 8.

81 General Court of the European Union, *Cases T-778/16 and T-892/16*, Judgement of 15 July 2020, [*Online*] la http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228621&doclang=en, parag. 11, 42, 43, 47.

82 J. P. Brothers, *op. cit.*, p. 691.

83 I. M. Costea, *Europa şi merele de aur... Sau despre lectura normei fiscale prin regulile pieţei unice...*, p. 204.

84 General Court of the European Union, *Cases T-778/16 and T-892/16*, Judgement, 15 July 2020, parag.13.

85 J. P. Brothers, *op. cit.*, p. 691.

86 *Ibidem.*

87 J. P. Brothers, *op. cit.*, p. 688.

88 D. Thorne, *op. cit.*, p. 7.

Irlanda care, la rândul său, înfiinţează o altă sucursală[89]. Prima sucursală înfiinţată este înregistrată în Irlanda, dar are rezidentă într-un paradis fiscal, având acolo centrul de control şi administrativ, astfel că i se aplică normele în materie de impozitare din statul în care este rezidată. Cea de-a doua sucursală este înregistrată în Irlanda şi cu rezidenţa în scopuri fiscale tot în Irlanda.

Între compania-mamă şi compania-fiică cea dintâi creată se încheie un contract de licenţă pentru drepturile de proprietate intelectuală. Astfel, prima sucursală deţinută direct[90] este cea care deţine licenţa pentru drepturile de proprietate intelectuală (în continuare, „compania licenţiată") ale companiei-mamă. Sucursala deţinută de compania licenţiată este o companie operaţională[91]. De principiu, societatea-mamă se află în Statele Unite ale Americii.

Compania licenţiată care a dobândit dreptul de a utiliza şi sublicenţia drepturile de proprietate intelectuală (în continuare, „DPI"), plăteşte un singur preţ, foarte redus, pentru achiziţia dreptului de a utiliza DPI la momentul respectiv, fiindu-i transferate, în ceea ce priveşte codul *software*, versiuni elementare ale sale[92]. Simultan cu încheierea contractului de licenţă, societatea-mamă şi compania licenţiată încheie şi un *cost-sharing agreement*[93] cu scopul de a se sustrage prevederilor americane care legiferează că preţurile de transfer care nu sunt comparabile cu veniturile obţinute pot fi ajustate ulterior[94]. Un alt avantaj este că şi în cazul în care ar fi nevoită să plătească totuşi impozit pentru veniturile generate de DPI transferate în afara SUA, veniturile acestea ar fi nesemnificative fiindcă ar fi raportate la o formă rudimentară a codului *software*, ieşită din uz, care nu poate fi exploatată cu adevărat pe piaţă[95].

Pentru a preveni creşterea valorii pe măsură ce se dezvoltă DPI licenţiate şi, implicit, obligaţia de a plăti noi redevenţe pe măsură ce se modifică DPI, se încheie acest *cost-sharing agrement* cu privire la viitoarele modificări şi îmbunătăţiri ale DPI (mai ales în considerarea formei ce a fost licenţiată), prin care o parte din cheltuielile necesare sunt suportate şi de compania licenţiată din Irlanda[96], iar riscurile sunt la rândul lor divizate între părţile acordului. În baza

---

89 J. P. Brothers, *op. cit.*, p. 688.

90 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *Profit Shifting and „Aggressive" Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform*, Discussion Paper No. 13-078, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW), Mannheim, [*Online*] la https://www.econstor.eu/bitstream/10419/85265/1/770512054.pdf, p. 4.

91 *Ibidem.*

92 J. P. Brothers, *op. cit.*, p. 690.

93 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.*, p. 5.

94 Conform acestei reguli, preţurile de transfer stabilire la momentul iniţial al transferului, care nu mai corespund veniturilor obţinute, pot fi ajustate ulterior. Pentru mai multe detalii, a se vedea, C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.*, p. 5.

95 J. P. Brothers, *op. cit.*, p. 690.

96 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.*, p. 5.

acestuia, compania licențiată deține DPI ce pot fi exploatate pe teritoriile non-americane, care sunt dezvoltate chiar în comun[97], iar în temeiul acordului nu trebuie să mai facă plăți periodice către societatea-mamă americană pentru licențe ulterioare care să privească modificările/dezvoltările DPI[98]. Astfel nici nu se poate ridica problema ajustării prețului de transfer.

Compania operațională încheie cu compania licențiată un contract de sublicență. Compania operațională încasează, ulterior sublicenței, toate veniturile din serviciile prestate și produsele oferite consumatorilor, ce au la bază DPI sublicențiate. Aceasta este impozitată în Irlanda. Totuși, baza impozabilă este aproape de zero fiindcă în contractul de sublicență încheiat redevențele sunt stabilite la un preț foarte mare și reprezintă cheltuieli deductibile în temeiul legislației irlandeze. Deși, în mod normal, s-ar aplica regulile aferente prețurilor de transfer și s-ar putea trage concluzia că redevențele plătite sunt mult superioare prețului pieței, regulile prețurilor de transfer nu se aplică în Irlanda contractelor încheiate înainte de iulie 2010[99]. În plus, se adaugă și caracterele DPI pe care le-am pus în discuție la început și care îngreunează considerabil orice tentativă de a aplica regulile prețurilor de transfer.

În acest tablou fiscal, este esențială și operațiunea *check-the-box*. Sistemul de impozitare în SUA este bazat pe rezidență. Prin urmare, toate veniturile Facebook, la nivel internațional, ar trebui supuse impozitării în SUA. Din acest motiv, a trebuit găsit un mecanism prin care cele două sucursale irlandeze să nu fie luate în considerare în scopuri fiscale în SUA pentru a evita impunerea veniturilor pe care le realizează. Operațiunea *check-the-box* este realizată de societatea-mamă, iar prin intermediul său compania licențiată și cea operațională sunt considerate drept entități separate de compania-mamă în temeiul legislației americane[100]. Prin urmare, veniturile acestora nu vor fi supuse impozitării americane. Operațiunea constă în completarea unui formular, de o pagină ce are ca efect lipsa luării în considerare a sucursalelor din punct de vedere fiscal în SUA[101]. În plus, veniturile realizate de pe urma DPI de la societatea-mamă nu sunt impozitate integral în SUA fiindcă se califică drept excepție de la impozitare în virtutea faptului că ele sunt ulterior dezvoltate și modificate, împreună cu compania licențiată, în temeiul *cost-sharing agreement*.

În final, tot pentru a se sustrage de la incidența legislației americane, schema fiscală Double Irish facilitează încadrarea operațiunilor în excepțiile de la impozitare prevăzute în legislația americană. Astfel, veniturile pe care compania licențiată (care este *CFC*) le primește de la cea operațională sunt considerate, prin raportare la societatea-mamă, venituri pasive și, transferul lor fiind în aceeași țară

---

97 J. P. Brothers, *op. cit.*, p. 688.

98 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.*, p. 5.

99 *Idem*, p. 6.

100 J. P. Brothers, *op. cit.*, p. 689.

101 Pentru mai multe detalii, a se vedea, Internal Revenue Service, LB&I Concept Unit. Knowledge Base – International, doc. no. ORE/C/19_02-01, 9/24/2017, [*Online*] la https://www.irs.gov/pub/int_practice_units/ore_c_19_02_01.pdf.

(ambele companii sunt irlandeze), atrag calificarea drept excepție de la impozitare[102]. Dobânzile, dividendele și redevențele sunt excluse de la impozitarea americană fiindcă ele sunt primite de la o companie afiliată cu sediul în aceeași țară ca CFC, companie ce desfășoară activitate substanțială în țara respectivă[103]. Acest sistem operează și în lipsa *check the box*[104] fiindcă de esența sa este schimbul direct dintre cele două companii irlandeze.

Modul în care veniturile, respectiv redevențele circulă intra-grup, este următorul: compania operațională încasează veniturile, dar plătește redevențe către compania licențiată la un nivel apropriat cu cel al veniturilor. Prin urmare, are un profit redus, care este impozitat în baza legislației irlandeze filtrată printr-o soluție fiscală individuală. Compania licențiată care încasează redevențele majorate, este rezidentă într-un paradis fiscal unde transferă sumele și unde nu există reglementate impozite. Profiturile rămân intacte pe teritoriul său. În SUA, se impozitească veniturile societății-mamă, fără a lua în considerare cele două sucursale irlandeze.

2.3.3. Aplicarea Double Irish la structura grupului Facebook

Pentru toate veniturile generate de utilizatorii din Europa, Asia, Australia, Africa și America de Sud, încasate în temeiul contractelor de către FIL, se aplică sistemul de taxare irlandez, ceea ce ar echivala cu un procent de 2-3% din veniturile internaționale totale[105]. În SUA *corporate tax* ar fi de 35%, în timp ce în Irlanda este de 12,5% (regula generală, fără soluția fiscală anticipată).

Facebook Inc. a încheiat un contract de licență cu FIHU, redevențele prevăzute fiind foarte reduse fiindcă sunt supuse impozitării în SUA. FIHU a sublicențiat mai departe DPI, inclusiv cele care implică utilizarea platformei, către cealaltă sucursală irlandeză, FIL, în schimbul unor redevențe mult mai mari față de cele prevăzute în contractul de licență[106]. Facebook Inc. nu a transmis direct drepturile de proprietate intelectuală către FIL pentru că ar fi însemnat să raporteze veniturile mari din redevențe în SUA și să se supună impozitelor aferente[107]. Facebook Inc declară și plătește impozite doar pentru veniturile pe care le obține de la FIHU care plătește redevențe scăzute în temeiul celui dintâi contract de licență. FIHU obține ulterior venituri ridicate în temeiul contractului de sublicență de la FIL, care încasează veniturile din activitatea Facebook. Redevențele plătite de FIL către FIHU sunt cheltuieli deductibile în conformitate cu legislația irlandeză. Astfel, din veniturile pe care FIL le obține din încheierea tuturor contractelor, în principal de publicitate, cu toți clienții situați în afara SUA și Canada, sunt scăzute redevențele plătite către FIHU, care au un cuantum considerabil și reduce radical profitul impozabil al FIL. Cu privire la impozitul pe care FIL îl plătește pentru

[102] J. P. Brothers, *op. cit.*, p. 690.
[103] *Ibidem.*
[104] *Ibidem.*
[105] Wikipedia, *Facebook Inc*, [*Online*] la https://en.wikipedia.org/wiki/Facebook,_Inc.
[106] N. Raymond, T. Bergin, *U.S. tax agency investigates Facebook's Ireland asset transfer*, ...
[107] N. Raymond, T. Bergin, *U.S. tax agency investigates Facebook's Ireland asset transfer*, ...

profitul oricum scăzut, se aplică sistemul de taxare irlandez care ar echivala cu un procent de 2-3% din veniturile internaționale totale[108].

FIHU este înregistrată în Irlanda, dar e rezidată într-un paradis fiscal ce nu a fost făcut public[109] și nu există nici registre sau documente date publicității[110]. Prin urmare, în temeiul legislației irlandeze, impozitul pe profit nu este plătibil în Irlanda, ci în paradisul fiscal (care se speculează a fi în Insulele Cayman[111]), care nu are prevederi în materie de impozit pe profit și unde sunt "parcate" profiturile[112].

Se observă astfel că Facebook Inc. subapreciază valoarea activelor intangibile (DPI) pentru a reduce impozitele americane[113]. Când acestea sunt transferate prin contractul de licență în Europa, are loc reevaluarea lor la un preț mult superior fiindcă impozitarea lor este conformă cu legea irlandeză și cu soluția fiscală anticipată pe care Irlanda a oferit-o în mod cert FIL, precum și pentru că sunt utilizate la deducerea din veniturile generate de prestarea serviciilor de publicitate. FIL ajunge să plătească o sumă derizorie cu titlu de impozit. FIHU, care primește redevențele supraevaluate de la FIL, nu plătește deloc impozit pentru acestea și transferă reține toate profiturile în paradisul fiscal unde este rezidată.

Se afirmă că din 2018 Facebook ar fi început să renunțe la schema *Double Irish* și ar fi început să presteze serviciile de publicitate prin intermediul birourilor teritoriale naționale, adoptând un model de afaceri bazat pe vânzări locale[114].

2.3.4. Internal Revenue Service *(IRS) c. Facebook Inc*

Descoperirea reducerii artificiale a redevențelor în SUA a dus la sesizarea instanței de judecată[115] de către IRS, fiindcă au fost sesizate și documentate intențiile fiscale ale Facebook în urma începerii unui control asupra Facebook cu privire la valoarea DPI transferate din SUA către FIHU și respectarea regulilor prețurilor de transfer. IRS a început activitatea de auditare a Facebook Inc în 2011[116], activitate în cadrul căreia a solicitat constant documentele financiar-contabile, și nu numai, ale Facebook și a angajat nenumărați experți pentru a reuși

---

108 Wikipedia, *Facebook Inc*, [*Online*] la https://en.wikipedia.org/wiki/Facebook,_Inc.

109 N. Raymond, T. Bergin, *U.S. tax agency investigates Facebook's Ireland asset transfer*, ...

110 N. Raymond, T. Bergin, *U.S. tax agency investigates Facebook's Ireland asset transfer*, ...

111 R. W. Wood, *op. cit.*, p. 1; P. Kiel, *Who's Afraid of the IRS? Not Facebook*, ProPublica, 23 January 2020, [*Online*] la https://www.propublica.org/article/whos-afraid-of-the-irs-not-facebook.

112 P. Kiel, *Who's Afraid of the IRS? Not Facebook*, ...

113 N. Raymond, T. Bergin, *U.S. tax agency investigates Facebook's Ireland asset transfer*, ...

114 J. White, *The IRS takes Facebook to court over its Irish tax structure*, International Tax Review,19 February 2020, [*Online*] la https://www.internationaltaxreview.com/article/b1kdw0nx8h3jz1/the-irs-takes-facebook-to-court-over-its-irish-tax-structure.

115 N. Raymond, T. Bergin, *U.S. tax agency investigates Facebook's Ireland asset transfer*, ...

116 United States District Court, Northern District of California, San Francisco Division, Case No. 3:16-cv-03777-LB, *Faceook's opposition to amended petition to enforce interval revenue service summonses*, November 17, 2016, [*Online*] la https://www.documentcloud.org/documents/6649743-Facebook-Court-Filing-2016-10-11.html#document/p7, p. 6.

să construiască un caz fiscal solid împotriva Facebook Inc[117]. Având la dispoziție un termen limită pentru finalizarea auditului, IRS nu a reușit să strângă toate documentele și informațiile, dar a considerat că pe baza întregului material acumulat, precum și a muncii experților angajați, Facebook Inc. datorează cu titlu de obligații fiscale o sumă importantă. Prin urmare, IRS a promovat o acțiune în fața Curții Fiscale a Statelor Unite[118] prin care a solicitat Facebook plata obligațiilor sale fiscale ce au fost calculate în cuantum total de 9 miliarde de dolari[119].

Se susține că întreg litigiul are la bază schema fiscală *Double Irish* pe baza căreia IRS acuză Facebook că ar fi urmărit sustragerea de la impozitarea veniturilor sale globale în SUA, prin transferul profiturilor în afară. Argumentul principal privește redevențele pentru DPI ce au făcut obiectul contractului de licență încheiat între Facebook Inc și FIHU în 2010. În concret, IRS a sesizat subevaluarea DPI atunci când au fost licențiate *offshore*, iar apoi supraevaluarea lor în contractul de sublicență încheiat între sucursalele irlandeze, FIHU și FIL. Totuși, Facebook a susținut că nu există o subevaluare reală, ci că redevențele stabilite de societatea mamă reflectă riscurile asociate cu dezvoltarea Facebook ulterior listării la bursă și cu dezvoltarea produselor sale digitale publicitare[120]. Aceștia au afirmat că societățile-fiică sunt cele care suportă riscul și, în final, succesul și efortul international implicate în vânzarea serviciilor publicitare[121].

IRS a invocat regulile ce stau la baza prețurilor de transfer[122] și a susținut că motivul subevaluării este evitarea aplicării unor impozite ridicate. IRS consideră că deși este adevărat că este dificil a găsi servicii comparabile pe piață pentru aprecierea prețurilor de transfer, acestea nu pot fi în mod absolut inventate artificial de companie și ar trebuie să prezinte un minim de baze obiective[123]. DPI ar fi fost evaluate la 6,5 miliarde de dolari, în timp ce IRS susține că valoarea reală ar fi de 21 miliarde de dolari[124]. În apărare, Facebook susține că evaluarea a avut loc în 2010, la momentul acordării licenței, când nu existau serviciile publicitare pentru telefoane mobile și când nu se știa care ar fi fost evoluția companiei[125], iar DPI erau într-o formă mult subdezvoltată față de stadiul actual. Ulterior, deși valoarea companiei a crescut considerabil, alături de serviciile sale în baza *cost-sharing agreement*, sucursala irlandeză este parte la riscuri și contribuie la dezvoltarea serviciilor și produselor, ceea ce atrage o contibuție proprie la creșterea

[117] P. Kiel, *Who's Afraid of the IRS? Not Facebook*, ...
[118] United States Tax Court, *Respondent's statement of position*, Docket no. 21959-16, October 18, 2019, [*Online*] la https://www.documentcloud.org/documents/6650535-IRS-Tax-Court-Filing-2019-10-18.html#document
[119] K. Paul, *Facebook faces tax court trial over Ireland offshore deal*, ...
[120] K. Paul, *Facebook faces tax court trial over Ireland offshore deal*, ...
[121] K. Paul, *Facebook faces tax court trial over Ireland offshore deal*, ...
[122] J. White, *The IRS takes Facebook to court over its Irish tax structure*, ...
[123] P. Kiel, *Who's Afraid of the IRS? Not Facebook*, ...
[124] J. White, *The IRS takes Facebook to court over its Irish tax structure*, ...
[125] J. White, *The IRS takes Facebook to court over its Irish tax structure*, ...

valorii Facebook, a produselor și serviciilor sale și la evoluția sa favorabilă. Litigiul între IRS și Facebook Inc. este în prezent în desfășurare.

3. Grupul de companii Google. Structură. Double Irish Dutch Sandwich drept schemă fiscală

3.1. Prezentare generală a grupului de companii Google. Structură

Google este o societate multinațională care face posibil accesul liber la informație și asigură fluxul acesteia la nivel global, uneori contrar dezideratelor guvernelor naționale[126]. Aceasta produce în principal aplicații *software*[127] și oferă servicii de publicitate și motoare de căutare[128], implicit indexare în aceste motoare de căutare.

Alphabet este societatea-mamă[129] cu sediul social în Statele Unite ale Americii. Aceasta are trei societăți-fiică importante în Europa: două în Irlanda și una în Olanda. Un reprezentant Google a susținut că motivele pentru care au ales Irlanda constau în: impozitul redus, forța de muncă calificată și prezența altor companii cu profil asemănător, printre care Oracle și Microsoft[130]. Prima sucursală creată direct de societatea-mamă, în Irlanda, este Google Ireland Holdings Unlimited Co.[131] („GIHU"). Aceasta a fost înregistrată în Irlanda, dar este rezidentă în scopuri fiscale în Bermude, un paradis fiscal, unde are „centrul efectiv de control". Google a susținut că a ales Bermude pentru rezidență pentru „a-și proteja drepturile de proprietate intelectuală"[132]. Sediul exact din Bermude al Google Bermuda Ltd. este situat în Clarendon House, 2 Church St. Bermuda și se identifică cu adresa unei societăți de avocați, Conyers, Dill and Pearman (CDP)[133]. Google Bermuda Ltd. este o societate de tip *letter box*[134].

A doua sucursală din Irlanda este Google Ireland Limited („GIL"), cea care încheie contractele cu utilizatorii serviciilor și produselor Google. A treia sucursală

---

126 J. Sokatch, *op. cit.* p. 725.

127 *Idem*, p. 735.

128 *Idem*, p. 737.

129 Pentru mai multe detalii, a se vedea, [*Online*] la https://abc.xyz/investor/static/pdf/20200204_alphabet_10K.pdf?cache=cdd6dbf.

130 House of Commons. Committee of Public Accounts, *HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts*, Nineteenth Report of Session 2012–13, HC 716, 3 December 2012, [*Online*] la https://publications.parliament.uk/pa/ cm201213/cmselect/cmpubacc/ 716/716.pdf, Ev. 38.

131 https://www.bloomberg.com/profile/company/0291850D:ID.

132 House of Commons. Committee of Public Accounts, *HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts*, ..., p. 10, Ev. 40.

133 J. Stewart, *op. cit.*, p. 15.

134 T. Hastings, J. Cremers, *Developing an Approach for Tackling Letterbox Companies*, Brussels, 30th November 2017, [*Online*] la http://ec.europa.eu/social/ BlobServlet?docId=18961&langId=en, p. 2.

este Google Netherlands Holdings B.V. [135] („GNH"), o companie de tip *shell*[136] înregistrată în Olanda, fără niciun fel de activitate economică[137].

Google are și birouri teritoriale[138], reprezentate de societăți naționale în mai multe state, care acționează drept reprezentanți. Spre exemplu, în Marea Britanie există Google Ltd[139], care se ocupă cu promovarea serviciilor Google și oferă sprijin clienților și utilizatorilor locali[140]. În principiu utilizarea acestor birouri teritoriale privește adaptarea serviciilor și produselor Google la specificul local, ce include traducerea în limba locală și oferirea consultanței antreprenorilor locali de dimensiuni mici și medii.

Veniturile Google provin în principal din serviciile de publicitate[141] oferite altor comercianți[142], ele fiind propriu-zis prestate prin intermediul site-urilor web din toate țările în care serviciul Google este disponibil și având drept țintă consumatorii din aceste țări.

3.2. Elementele ce fundamentează *Double Irish Dutch Sandwich*. Mecanismul său de funcționare

3.2.1. Prevederile din legislația americană ce oferă baza pentru schema fiscală de evitare a impuneri

Legiuitorul american a prevăzut situațiile unor grupuri de societăți care implică o societate-mamă și CFC, astfel că a adoptat o lege cu prevederi fiscale de tip *longa manu*[143] care statuează că principiile cu privire la plata impozitului sunt aplicabile și atunci când compania care realizează veniturile este o sucursală deținută în totalitate de o companie națională americană cu acționari din SUA[144].

Principiile fiscale ce stau la baza obligației de plată a impozitelor sunt: impozitul se plătește în jurisdicția în care a avut loc tranzacția ce a generat venitul/profitul sau se plătește la locul unde societatea a fost

---

135 Pentru mai multe detalii, a se vedea, https://www.dnb.com/business-directory/company-profiles.google_netherlands_holdings_bv.6feeb6b2745e5e512ab5de4994d14f84.html.

136 D. Thorne, *op. cit.,* p. 13.

137 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.,* p. 6.

138 Pentru toate birourile Google, a se vedea, https://about.google/locations/?region=north-america&office=mountain-view.

139 House of Commons. Committee of Public Accounts, *HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts*, ..., Ev. 38.

140 *Ibidem.*

141 R. Graham, *op. cit.,* p. 1.

142 House of Commons. Committee of Public Accounts, *HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts*, ..., p. 10, Ev. 38.

143 J. Sokatch, *op. cit.,* p. 726.

144 Internal Revenue Code of U.S., §§ 951, 952(a)(2), 954(a)(2), [*Online*] la https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/951, https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/952, https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/954.

înregistrată/înființată[145]. Tot în sensul impozitării în mod global a veniturilor, SUA au adoptat sistemul fiscal bazat pe principiul rezidenței în cadrul căruia plata impozitului de către o companie se realizează pentru toate veniturile, indiferent de țara în care au fost obținute[146]. Sistemul se aplică indiferent de existența aceluiași principiu în țările în care o companie americană realizează profit, astfel că se poate ajunge cu ușurință la o situație de dublă impozitare[147], ceea ce reprezintă un alt motiv care pune bazele necesității unui planning fiscal al companiilor ce operează și dincolo de frontierele americane.

Conform *Internal Revenue Code*, sucursalele din străinătate sunt supuse impozitării atunci când peste 50% din acțiuni sau drepturile de vot sunt deținute de acționari americani, în orice zi din decursul unui exercițiu financiar[148]. Societățile-mamă care dețin sucursale intră în categoria „acționarilor", dacă deține mai mult de 50% din capitalul filialei. În acest caz, veniturile pe care le obțin de la filiale sunt impozabile în SUA[149].

Impozitul din SUA a fost stabilit inițial la un cuantum de 35% asupra profiturile domestice și cele din străinătate, aceasta fiind una dintre cele mai mari taxe corporatiste din lume[150]. În prezent, aceasta are valoarea de 21%[151], fiind scăzută începând cu 2017[152]. Prin valorifizarea lacunelor fiscale interstatale, în 2010, Google reușise să reducă impozitul plătit de la 35% la 2.4%[153].

Prima modalitate de reducere a impozitului pe baza prevederilor legislației americane este transferul activelor intangibile către sucursale, clasificate drept entități separate, ale căror venituri nu trec și prin societatea-mamă[154]. Breșa utilizată are în centru serviciile de publicitate ale Google și faptul că veniturile provin predominant din aceste servicii. Codul fiscal al SUA are o serie de prevederi speciale în ceea ce privește transferurile de active intangibile, precum DPI, ce stau la baza activității Google. O excepție de la impozitarea veniturilor realizate de sucursala din străinătate este atunci când veniturile obținute de filială sunt de pe urma unor servicii/vânzări ce au implicat crearea, respectiv modificarea DPI.

---

145 J. Sokatch, *op. cit.*, p. 726.
146 *Idem*, p. 733.
147 *Idem*, p. 733.
148 *Idem*, p. 736.
149 *Idem*, p. 737.
150 *Idem*, p. 729.
151 Internal Revenue Code of U.S, §11, (b), [*Online*] la https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/11 I.R.C.
152 KPMG, *Corporate tax rates for 2010 – 2020*, [*Online*] la https://home.kpmg/xx/en/home/services/tax/tax-tools-and-resources/tax-rates-*online*/corporate-tax-rates-table.html.
153 J. Sokatch, *op. cit.*, p. 726; J. Drucker, *Google 2.4% Rate Shows How $60 Billion Is Lost to Tax Loopholes*, Bloomberg, October 2010, [*Online*] la https://www.bloomberg.com/news/articles/2010-10-21/google-2-4-rate-shows-how-60-billion-u-s-revenue-lost-to-tax-loopholes.
154 J. Sokatch, *op. cit.*, p. 734.

Profiturile nu sunt supuse impozitării atunci când provin de pe urma unor DPI ce au fost realizate, produse sau construite de către companie[155]. O condiție este ca societatea căreia DPI îi sunt licențiate, să modifice substanțial sau să realizeze integral dreptul ce i-a fost transferat[156]. Companiile de *software*, precum Google, în mod normal, ar trebui să califice venitul realizat prin intermediul sucursalei drept venit impozabil în SUA. Totuși, nu se aplică regula dacă DPI are loc în sucursală sau dacă *software*-ul este dezvoltat în comun, cooperarea având la bază un *cost-sharing agreement,* în cadrul căruia dreptul a utiliza *software*-ul în SUA aparține societății-mamă, iar dreptul de a utiliza *software*-ul în afara SUA aparține sucursalei cocontractante[157]. În acest ultim caz, drepturile folosite de filială sunt tratate ca fiind în afara jurisdicției fiscale a SUA și în jurisdicția fiscală a sucursalei. Tot prin *cost-sharing agreement*, se stabilește și coparticiparea la dezvoltarea și riscurile DPI. Prin urmare, sucursala creează și dezvoltă la rândul său DPI, împreună cu compania mamă, astfel că ajung să se sustragă de la impozitarea în SUA.

În final, menționăm că o evitare integrală a impozitării în SUA este imposibilă dacă o companie-mamă dorește să aibă naționalitate americană[158].

3.2.2. Schema fiscală Double Irish Dutch Sandwich

Double Irish Dutch Sandwich presupune adăugarea la structura *Double Irish*, detaliată anterior, și a unei societăți în Olanda[159], de tip „*conduit*"[160], motiv care a dat naștere și denumirii schemei fiscale în sensul că interpunerea într-o poziție mediană a unei companii olandeze prefigurează o schiță a unui sandwich în care feliile sunt două companii irlandeze (*Double Irish*), iar umplutura este compania olandeză.

Structura implică în continuare crearea unei sucursale în Irlanda, care este rezidentă într-un paradis fiscal, de către societatea-mamă[161], ambele fiind părți ale unui contract de licență[162] și un *cost-sharing agreement*[163] cu privire la suportarea riscurilor și a cheltuielilor interrelaționate cu dezvoltarea DPI. În temeiul *cost-sharing agreement*, se reușește sustragerea veniturilor generate de DPI în afara SUA de la impozitarea în SUA. DPI-urile ce fac obiectul contractului de licență privesc motorul de căutare și tehnologia ce stă la baza publicității *online* pe care Google o furnizează[164].

155 *Idem*, p. 737.
156 *Idem*, p. 738.
157 *Ibidem.*
158 *Idem*, p. 734
159 H. Nusser, *op. cit.,* pp. 6, 7.
160 J. P. Brothers, *op. cit.,* p. 692.
161 H. Nusser, *op. cit.,* p. 7.
162 *Idem*, p. 8.
163 *Ibidem.*
164 European Parliament, *Tax challenges in the Digital economy. Study*, ..., p. 24.

Sucursala din Irlanda care obține licența pentru DPI („compania licențiată"), deține la rândul său altă sucursală irlandeză[165] care este cea activă, operațională, aceasta încasând veniturile din serviciile prestate de grup („compania operațională"). Compania licențiată este cea care deține exclusiv compania operațională[166] și care înființează o companie în Olanda pe care o deține integral[167]. Compania licențiată este controlată dintr-un paradis fiscal (cel mai frecvent, Bermude sau Insulele Cayman), fiind considerată în temeiul legislației irlandeze rezidentă în respectivul paradis fiscal în scopuri fiscale[168]. Totuși, în temeiul legislației americane, este tratată drept o companie irlandeză fiindcă în SUA, impozitarea e bazată pe locul de înregistrare al companiei[169].

Rațiunea introducerii în schema fiscală și a unei societăți olandeze este pentru a evita posibilele rețineri la sursa ale redevențelor[170] (a se vedea *supra* despre posibilitatea aplicării reținerii la sursă a impozitului pe redevențe în Irlanda[171]). Redevențele datorate de compania operațională nu sunt plătite direct companiei licențiate, ci sunt trecute prin compania din Olanda care a sublicențiat drepturile de proprietate intelectuală[172]. Motivul sublicenței prin compania olandeză este că Irlanda are prevederi în materie de impozitarea redevențelor prin reținere la sursă[173]. Totuși, astfel cum am explicat *supra*, aplicabilitatea respectivului impozit pentru redevențele aferente DPI este discutabilă. Astfel, spre deosebire de *Double Irish*, în sistemul *Double Irish Dutch Sandwich* există două contracte de sublicență, și anume unul între compania licențiată și compania olandeză, și apoi unul subsecvent între compania olandeză și compania operațională. Circuitul redevențelor este în sens invers: de la compania operațională, la companie olandeză și, în final, la compania licențiată.

Trecerea profiturilor prin Olanda face ca redevențele plătite din Irlanda către Olanda să nu fie supuse impozitării în considerarea prevederilor Directivei 2003/49/CE[174], care elimină impozitul asupra redevențelor ce fac obiectul unor plăți

---

165 H. Nusser, *op. cit.,* p. 7.

166 *Ibidem.*

167 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.,* p. 4.

168 *Ibidem.*

169 H. Nusser, *op. cit.,* p. 7.

170 J. P. Brothers, *op. cit.,* p. 692.

171 În sens contrar, că redevențele respective ar fi supuse mereu impozitării prin reținere la sursă în Irlanda, a se vedea, European Parliament, *Tax challenges in the Digital economy. Study,* ...., p. 24.

172 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.,* p. 6.

173 H. Nusser, *op. cit.,* p. 9.

174 Directiva 2003/49/CE a Consiliului din 3 iunie 2003 privind sistemul comun de impozitare, aplicabil plăților de dobânzi și de redevențe efectuate între societăți asociate din state membre diferite, publicată în J. Of. al UE nr. L 157/49 din 26.6.2003.

transfrontaliere între companii asociate[175] din statele membere[176] alături de *Ireland-Netherlands tax treaty*[177] care prevede că redevențele sunt impozitate în țara de rezidență[178]. În temeiul tratatului, impozitul pe redevențe pentru primul transfer dinspre Irlanda înspre Olanda, ar trebui plătit în Olanda. Pentru cel de-al doilea transfer, dinspre Olanda înspre Irlanda, impozitul ar trebui plătit în Irlanda, dar având în vedere că din punct de vedere al legislației irlandeze a doua companie irlandeză (cea licențiată) este rezidată într-un paradis fiscal în scopuri fiscale, și acolo nu există impozit pe redevențe, ajunge să nu mai plătească impozit. În plus, Olanda nu are impozite prin reținere la sursă asupra redevențelor pe care le plătește mai departe compania olandeză către compania licențiată, indiferent de statul în care își are rezidența pentru scopuri fiscale[179], legislația internă excluzând astfel de impuneri asupra companiilor care nu sunt rezidente în Olanda[180]. Redevențele primite de compania olandeză sunt aceleași cu cele pe care aceasta le plătește mai departe către compania rezidată în Bermude, astfel că nu rămâne niciun profit de impozitat în Olanda[181].

Compania licențiată nefiind supusă impozitării nici în Irlanda (fiindcă e considerată rezidentă într-un paradis fiscal), nici în paradisul fiscal (unde nu există impozit), redevențele, care reprezintă de fapt profiturile, părăsesc Uniunea Europeană intacte.

Pentru compania olandeză și cea operațională se face operațiunea *check-the-box*[182] în temeiul căreia, din punct de vedere al legislației fiscale americane, sunt considerate entități separate și nu sunt impozitate[183]. Prin urmare, veniturile realizate de compania operațională și redevențele plătite între sucursale nu sunt luate în considerare din punct de vedere al legislației americane[184], iar singurele care ar avea potențialul de a fi impozitate, veniturile de la consumatori, constituie excepții[185] (a se vedea *supra*).

---

175 În transpunerea Directivei 2003/49/CE, Irlanda a stabilit că societățile asociate în temeiul Directivei înseamnă că una trebuie să dețină cel puțin 25% din cealaltă. În schema *Double Irish Dutch Sandwich* companiile sunt deținute, în general, integral (100%).

176 J. P. Brothers, *op. cit.,* p. 692.

177 Convention between the government of the Kingdom of the Netherlands and the government of Ireland for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and capital. Signed at the Hague on February 11th 1969, [*Online*] la https://www.revenue.ie/en/tax-professionals/documents/double-taxation-treaties/n/netherlands.pdf.

178 J. P. Brothers, *op. cit.,* p. 692.

179 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.,* p. 6.

180 J. P. Brothers, *op. cit.,* p. 693.

181 *Idem*, p. 692.

182 CST Tax Advisors, Making a check-the-box election as a foreign corporation, March 4, 2020, [*Online*] la https://csttax.com/blog/making-a-check-the-box-election-as-a-foreign-corporation/.

183 J. P. Brothers, *op. cit.,* p. 690.

184 *Ibidem.*

185 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.,* p. 7.

În plus, tot în temeiul legislației americane, ar mai fi incidentă o excepție de la impozitare care se aplică în cazul în care CFC (în speță, compania licențiată) primește de la altă companie pe care o deține, dobânzi, dividende, redevențe și chirii[186], cele două fiind considerate o singură entitate irlandeză[187]. Totuși, nefiind transferul realizat direct între cele două companii irlandeze, ci prin intermediul celei olandeze, excepția nu este aplicabilă[188].

În final, la schemă se adaugă și soluțiile fiscale individuale acordate unilateral de autoritățile fiscale. Este cunoscut faptul că marile companii *high-tech* au acorduri cu autoritățile fiscale irlandeze pentru a li se aplica un impozit preferențial[189], mai redus față de cel standard de 12,5%. De asemenea, și legislația olandeză ar permite societăților multinaționale negocierea unor soluții fiscale individuale pentru a decide în concret tipurile de venituri și procentul din acestea supuse impozitării[190]. Se consideră că în acest caz, baza impozabilă este stabilită într-un mod artificial[191] care se concretizează într-un avantaj fiscal suplimentar parte din *planning*-ul fiscal agresiv.

3.3. Utilizarea schemei fiscale *Double Irish Dutch Sandwich* de către grupul Google

Deși Google are sediul principal în SUA, operațiunile pe care le desfășoară în afara teritoriului american au redus semnificativ cuantumul impozitului plătit guvernului american. Impozitul efectiv pe care Google îl plătea în 2012 pentru veniturile sale internaționale era de 3%, în timp ce Apple Inc. era de 1%[192]. O primă concluzie, în considerarea informațiilor cuprinse în cauzele reunite T-778/16 și T-892/16[193], raportat la caracteristicile soluțiilor fiscale individuale irlandeze este că există un grad mare de probabilitate ca Irlanda să fi acordat acest tip de soluții și Google, ceea ce oferă de la început cadrul pentru reducerea și chiar evitarea impunerii pentru anumite segmente din profituri. Soluția fiscală individuală se adaugă la cuantumul deja redus al impozitului pe profit de 12,5%.

Google, față de Facebook care folosește doar *Double Irish,* folosește și *Dutch Sandwich*[194]. În cazul său, structura generală suferă puține modificări, dar principiile și schema tind să se păstreze. Google utilizează la rândul său companii

---

186 J. P. Brothers, *op. cit.,* p. 690.

187 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.,* p. 6.

188 J. P. Brothers, *op. cit.,* p. 690.

189 European Parliament, *Parliamentary questions*, E-000064-19, 9 January 2019, [*Online*] la https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2019-000064_EN.html.

190 I. De Hoon, *Is the Netherlands a tax haven?,* No More Tax, [*Online*] la https://nomoretax.eu/netherlands-tax-haven/.

191 I. De Hoon, *Is the Netherlands a tax haven?, ...*

192 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.,* p. 1.

193 General Court of the European Union, *Cases T-778/16 and T-892/16*, Judgement of 15 July 2020, [*Online*] la http://curia.europa.eu/juris/document/ document.jsf?text=&docid= 228621&doclang=en.

194 J. Sokatch, *op. cit.,* p. 727.

ce dețin DPI pentru realizarea schemei fiscale. Alphabet Inc. încheie contracte cu sucursalele sale internaționale, cărora le permite să realizeze profit de pe urma exploatării tuturor elementelor *software* create de Google[195] prin acordarea de licențe. Metoda utilizată de Google are la bază desconsiderarea regulilor prețurilor de transfer[196]. Prețurile de transfer reprezintă practica de a plăti pentru bunuri și servicii de la o persoană afiliată la alta[197], în cazul Google chiar intra-grup. Se încheie în acest scop acorduri bilaterale confidențiale cu privire la prețurile de transfer[198] prin care se divide și obligația de suportare a costurilor, precum și dreptul de utilizare a DPI dezvoltate în comun.

Google Inc. (acum, Alphabet Inc[199]) a încheiat un contract de licență cu GIHU[200] în 2003. În urma acestuia, GIHU a obținut controlul asupra accesului la motorul de căutare, serviciile de publicitate și platforma Android[201]. Simultan, prin acest acord, veniturile internaționale au fost concentrate în Irlanda. În același timp, a fost încheiat și un *joint development agreement* tot cu GIHU[202].

GIHU a încheiat un contract de sublicență cu GNH[203]. GNH a încheiat la rândul său un alt contract de sublicență cu GIL. GIL este partea cocontractantă pentru serviciile de publicitate[204] pentru toți consumatorii care nu sunt americani[205], astfel că aceasta încasează majoritatea veniturilor provenite din publicitate la nivel global, și este deținută în totalitate de GIHU.

GIL plătește către GNH redevențe într-un cuantum supraevaluat, aproape de concurența veniturilor realizate. GIL beneficiază de deducerea redevențelor plătite, de impozitul scăzut și de soluția fiscală irelandeză. GNH este *conduit company*[206], fără niciun fel de activitate economică[207], care doar încasează redevențele de la GIL și le transferă mai departe către GIHU. Prin urmare, în fapt, GIL plătește redevențe către GIHU[208], doar că prin GNH fiindcă cu aceasta din urmă a încheiat contractul de sublicență a DPI[209].

---

195 *Idem*, p. 735.
196 *Ibidem.*
197 *Idem*, p. 739.
198 *Idem*, p. 740.
199 Pentru mai multe detalii, a se vedea, https://abc.xyz/investor/#VII.
200 Pentru mai multe detalii, a se vedea, https://www.bloomberg.com/profile/company/0291850D:ID.
201 J. Sokatch, *op. cit.*, p. 740.
202 *Ibidem.*
203 Pentru mai multe detalii, a se vedea, https://www.dnb.com/business-directory/company-profiles.google_netherlands_holdings_bv.6feeb6b2745e5e512ab5de4994d14f84.html.
204 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.*, p. 5.
205 *Ibidem.*
206 *Idem*, p. 4.
207 *Idem*, p. 6.
208 J. Sokatch, *op. cit.*, p. 741.
209 *Ibidem.*

GIHU, care primește redevențele majorate de la GIL prin intermediul GNH[210], are „centrul efectiv de control" și administrația în Bermude[211], ceea ce o sustrage de la sistemul de impozitare irlandez[212]. Mai mult, nefiind sub controlul direct al Alphabet Inc, din punct de vedere fiscal, e tratată în SUA drept o entitate separată. GIHU transferă redevențele aproape intacte către Bermude. Societatea din Bermude nu e supusă impozitării americane, astfel că redevențele transferate de GIHU către Bermude nu sunt impozitate. În plus, nu sunt impozitate nici în Irlanda fiindcă nu este o entitate supusă impozitării având în vedere reglementările din Irlanda și SUA[213].

GIL, care încasează toate veniturile internaționale, este supusă în teorie impozitării irlandeze de 12.5%[214]. Totuși, având în vedere existența și practica soluțiilor fiscale individuale, precum și caracterul lor confidențial, există suficiente resorturi pentru a considera o probabilitate crescută în sensul beneficierii de o astfel de soluție care să reducă semnificativ cota de impozitare, precum și segmentul din venituri impozitat, mai ales luând în considerare impozitul de 3% plătit de Google în anii anteriori. GIL, pentru a-și micșora profitul și implicit impozitul pe profit[215], deduce redevențele plătite către GIHU prin GNH pentru sublicență[216]. În acest mod, se aproximează că în 2015 Google ar fi reușit să ajungă la un impozit pe profit de doar 1.5%[217]. În contractul de sublicență dintre GNH și GIL, redevențele au un nivel ridicat astfel încât să poată fi dedus cât maim ult[218], iar baza impozabilă să tindă spre zero. Cu privire la posibilitatea de a stabili în mod arbitrar cuantumul redevențelor și a incidenței regulilor prețurilor de transfer, subliniem că este posibil datorită faptului că Irlanda a introdus prețurile de transfer mai târziu, dar acestea nu se aplică contractelor și înțelegerilor dinainte de iulie 2010[219]. În plus, Irlanda nu a creat un cadru riguros pentru reglementarea și aplicarea prețurilor de transfer[220].

Pentru a evita ca veniturile pe care le obține GIHU din contractul de sublicență să fie supuse impozitării în Irlanda, prin reținere la sursă, plățile de la GIL către GIHU trec prin filiala din Olanda, ceea ce duce la formarea *Dutch*

---

210 Reuters, *Google shifted $23 billion to tax haven Bermuda in 2017: filing*, January 3, 2019, [*Online*] la https://www.reuters.com/article/us-google-taxes-netherlands-idUSKCN1OX1G9.

211 House of Commons. Committee of Public Accounts, *HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts*, ..., Ev. 40.

212 J. Sokatch, *op. cit.*, p. 740.

213 *Idem*, p. 741.

214 *Ibidem.*

215 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.*, p. 6.

216 J. Sokatch, *op. cit.*, p. 741.

217 J. Stewart, *op. cit.*, p. 15.

218 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.*, p. 6.

219 *Ibidem.*

220 J. Sokatch, *op. cit.*, p. 732.

Sandwich[221]. GIL plătește redevențele în Olanda care nu are reglementat un sistem de impozitare al redevențelor prin de reținere la sursă, aspect ce se va modifica începând cu 2021[222]. În plus, în temeiul Directivei 2003/49/EC, poate realiza plăți constând în redevențe către sucursale localizate în alte state membre, fără a fi impozitate, sub condiția ca proprietarul beneficiar al plății să fie o companie localizată într-un alt stat membru[223].

Redevențele transferate în Bermude[224] sunt "parcate" acolo. Există posibilitatea de a se decide acordarea dividendelor ce vor fi supuse impozitării americane[225], sau se utilizează în beneficiul personalului din executivul Google[226]. Bermudele nu impozitează veniturile, redevențele, nu are rețineri la sursă și nici impozite pe dividende sau dobânzi[227]. Se susține că deși este supusă intens criticii, soluția păstrării profiturilor în paradisuri fiscale nu este ilegală[228].

Esențial la schema fiscală prezentată este că pentru a evita aplicarea regulilor CFC din SUA, se realizează operațiunea *check-the-box* prin care se alege ca GIL și GIHU să fie tratate drept entități separate[229], și, drept urmare, GIL și GIHI sunt tratate drept o singură entitate în temeiul legislației americane[230], deși GIHU este sucursală deținută integral de Alphabet, ceea ce ar atrage incidența regulilor privind CFC[231].

Google susține că valoarea economică a serviciilor și produselor sale este creată în SUA. Acest aspect, conexat cu faptul că impozitul trebuie plătit acolo unde este creată valoarea economică, ne îndrumă spre concluzia că nu ar trebui să existe sarcină fiscală pentru Google nici în țările unde Google prestează servicii. În respectivele țări, unde are birouri teritoriale ce acționează drept agenți, Google

---

221 *Idem*, p. 741.

222 PwC, *Update: Withholding tax on interest and royalty payments to low-tax countries*, 12 November 2020, [*Online*] la https://www.pwc.nl/en/insights-and-publications/tax-news/pwc-special-budget-day/update-withholding-tax-on-interest-and-royalty-payments-to-low-tax-countries.html.

223 European Commission Taxation and Customs Union, *Taxation of Cross-Border Interest and Royalty Payments in the European Union*, [*Online*] la https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/taxation-crossborder-interest-royalty-payments-eu-union_en.

224 T. Sterling, *Google to end 'Double Irish, Dutch sandwich' tax scheme*, Reuters, 31 December 2019, [*Online*] la https://www.reuters.com/article/us-google-taxes-netherlands-idUSKBN1YZ10Z.

225 J. Sokatch, *op. cit.*, p. 742.

226 House of Commons. Committee of Public Accounts, *HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts*, ..., Ev. 43

227 J. Sokatch, *op. cit.*, p. 731.

228 R. W. Wood, *op. cit.*, p. 1.

229 J. P. Brothers, *op. cit.*, p. 688.

230 Prof. Dr. Frotscher, *Double Irish-Dutch Sandwich*, International Tax Institute – University of Hamburg, [*Online*] la http://www.rdti.it/sites/default/files/allegati_notizie/Frotscher_BEPS-Struktur.pdf.

231 J. P. Brothers, *op. cit.*, p. 688.

plătește impozite raportat la activitatea economică pe care o desfășoară: mentenanța serviciilor (precum Google Maps), relații pentru clienții locali și pentru utilizatori, promovare locală a serviciilor și produselor Google, materiale pentru informare și instruire cu privire la utilizarea serviciilor Google etc.[232] În plus, faptul că publicitatea și anunțurile sunt adaptate la limba locală, ar reprezenta un serviciu local, economic, care ar trebui impozitat local[233]. Totuși, Google susține că impozitele pentru serviciile prestate din Irlanda trebuie plătite în Irlanda fiindcă vânzarea spațiului publicitar *online* are loc în Irlanda, și nu în statul clientului[234].

Deși schema fiscală a adus multiple avantaje fiscale grupului Google, din cauza presiunii comunității internaționale, precum și a investigațiilor din diferite state la care a fost supus, coroborat cu imposibilitatea de a mai utiliza Double Irish din 2021. La sfârșitul anului 2019, Alphabet a anunțat că nu va mai folosi Double Irish, Dutch Sandwich[235].

3.4. Franța c. Google France

GIL deține o sucursală în Franța, Google France[236]. Google France a încheiat în 2004 un acord cu GIL, prin care s-a obligat să ofere asistență clienților și GIL, specificând expres că Google France nu acționează drept agent al GIL și nici nu acceptă ordine de la aceasta[237]. Serviciile de publicitate sunt oferite în continuare de GIL. În urma unor inspecții desfășurate de autoritățile fiscale franceze în cadrul Google France, aceastea au ajuns la avansarea ideii existenței unui sediu permanent al GIL în Franța[238]. Plecând de la această prezumție în scopuri fiscale, au calculat obligații fiscale în sarcina Google în valoare de 1.1 miliarde de euro[239] ca urmare a activității economice desfășurate în Franța.

În litigiul în care autoritățile franceze fiscale au acuzat Google de sustragerea de la plata impozitelor datorate în temeiul activității economice pe care o desfășoară pe teritoriul Franței, s-a ajuns la încheierea unei înțelegeri prin care

---

232 House of Commons. Committee of Public Accounts, *HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts*, ..., Ev. 39, Ev. 40.

233 *Idem*, Ev. 44.

234 J. Stewart, *op. cit.*, p. 14.

235 The Guardian, *Google says it will no longer use 'Double Irish, Dutch sandwich' tax loophole*, January 1, [*Online*] la 2020, https://www.theguardian.com/technology/2020/jan/01/google-says-it-will-no-longer-use-double-irish-dutch-sandwich-tax-loophole.

236 J. White, French appeals court upholds Google PE decision, International Tax Review, April 25, 2019, [*Online*] la https://www.internationaltaxreview.com/article/b1fq9gdz0kwrsb/french-appeals-court-upholds-google-pe-decision.

237 P. Luquet, M. Duquenne, P. Bufort, *Google doesn't owe French tax on sales to advertisers, court rules*, MNE Tax, May 23, 2019, [*Online*] la https://mnetax.com/google-doesnt-owe-french-tax-on-sales-to-advertisers-court-rules-33887.

238 P. Luquet, M. Duquenne, P. Bufort, *Google doesn't owe French tax on sales to advertisers, court rules*, ...

239 P. Luquet, M. Duquenne, P. Bufort, *Google doesn't owe French tax on sales to advertisers, court rules*, ...

Google a consimțit să achite suma de un miliard de euro[240]. Înțelegerea ar fi fost propusă de Ministerul de Finanțe francez[241], iar cuantumul este format din 500 milioane de euro amendă fiscală și aproape 500 milioane de euro penalități[242]. Ministerul de Finanțe urmărea să oblige Google, prin intermediul litigiului, la plata sumei totale de 1,6 miliarde de euro pentru perioada 2005 – 2018[243].

Autoritățile fiscale franceze au arătat în instanță că Google France este un agent al GIL, dependent de aceasta și care îi utilizează facilitățile. Prin urmare, GIL ar trebui considerat ca având sediu permanent în Franța[244]. În plus, autoritățile au arătat că GIL se încadrează drept plătitor de impozit prin reținere la sursă în temeiul legislației franceze, fiindcă acesta vinde spațiu publicitar prin intermediul unui agent dependent de aceasta, care este abilitat să contracteze în numele GIL și are un sediu fix de afaceri în Franța[245]. De asemenea, autoritățile au mai susținut că GIL trebuie să fie supus și unui impozit profesional specific legislației franceze, fiindcă activitatea de a vinde spațiul publicitar în Franța reprezintă o activitate profesională realizată de GIL care deține active în Franța cu scopul prestării acestei activități[246].

Este de subliniat faptul că Google a câștigat în primă instanță în baza unei analize a Curții Administrative de Apel din Paris asupra criteriului sediului permanent[247] prin intermediul căreia a concluzionat că GIL nu are un sediu permanent în Franța fiindcă birourile Google France nu echivalează cu un sediu permanent al GIL. Totuși, Curtea a stabilit că Google France acționează drept un agent dependent în înțelesului tratatului bilateral privind dubla impozitare încheiat între Franța și Irlanda. Google France este dependentă de GIL din punct de vedere juridic și economic și nu suportă niciun risc ce decurge din activitatea sa economică, aceasta prestând servicii sub instrucțiunile GIL, care returnează Google

---

240 Simon Carraud, Mathieu Rosemain, *Google to pay $1 billion in France to settle fiscal fraud probe*, Reuters, September 12, 2019, [*Online*] la https://www.reuters.com/article/us-france-tech-google-tax-idUSKCN1VX1SM.

241 P. Luquet, M. Duquenne, P. Bufort, *Google doesn't owe French tax on sales to advertisers, court rules*, ...

242 S. Carraud, M. Rosemain, *Google to pay $1 billion in France to settle fiscal fraud probe*, ...

243 R. Dillet, *Google to pay $549 million fine and $510 million in back taxes in France*, September 12, 2019, Tech Crunch, [*Online*] la https://techcrunch.com/2019/09/12/google-to-pay-549-million-fine-and-510-million-in-back-taxes-in-france/.

244 P. Luquet, M. Duquenne, P. Bufort, *Google doesn't owe French tax on sales to advertisers, court rules*, ...

245 P. Luquet, M. Duquenne, P. Bufort, *Google doesn't owe French tax on sales to advertisers, court rules*, ...

246 P. Luquet, M. Duquenne, P. Bufort, *Google doesn't owe French tax on sales to advertisers, court rules*, ...

247 P. Luquet, M. Duquenne, P. Bufort, *Google doesn't owe French tax on sales to advertisers, court rules*, ...; CAA Paris, 25 Avril 2019, N°17PA03065 to 3069, [*Online*] la http://paris.cour-administrative-appel.fr/content/download/160497/1624543/version/1/file/17PA03065.pdf.

France cheltuielile realizate, la care adaugă un procent suplimentar de 8%. Din aceste elemente rezultă dependența economică și juridică. Din punct de vedere al prestării serviciilor de publicitate, s-a statuat că Google France nu acționează drept agent al GIL, fiindcă nu poate angaja GIL prin contracte[248] (nu le poate semna și nici nu le poate negocia sau accepta oferte în numele său).

Litigiul și înțelegerea ce au avut loc au fost privite și catalogate drept un potențial precedent în temeiul căruia și alte companii cu profil și activitate similară vor putea fi taxate pentru activitatea lor. Ceea ce urmărește Franța este impozitarea profiturilor pe care Google le obține de pe urma utilizatorilor francezi, susținând că impozitele ar fi aferente veniturilor obținute exclusiv din publicitatea prestată de Google[249]. Mecanismul aplicat constă în impozitarea veniturilor generate de resortisanții francezi pentru Google, ceea ce echivalează cu impozitarea participării "de la distanță" în economia domestică[250] având ca temei beneficiul patrimonial obținut de Google prin activitatea de pe piața franceză.

4. BEPS drept esența schemelor fiscale pentru tax avoidance ale giganților publicitari. Măsuri

Elementul principal comun al celor două scheme fiscale ale giganților publicitari esre reprezentat de BEPS, care reprezintă practica de a reduce baza impozabilă („*base erosion*") prin transferul profiturilor către alte jurisdicții fiscale („*profit shifting*"). Astfel, BEPS are la bază transferul artificial al profiturilor din țări cu impozite ridicate către țări cu impozite scăzute[251], în care nu au loc activități economice, cu scopul de a reduce cuantumul acestora în statul unde impozitarea este mai mare (în cazurile studiate, profiturile ce ar trebui impozitate în SUA ajung a fi scutite de impozit prin transferul lor în paradisuri fiscale). BEPS este posibilă în contemporanitate din cauza procesului de integrare a economiilor naționale și a piețelor[252] și este realizată în principal de companiile multinaționale care generează în acest mod *stateless income*[253]. În concret, profiturile companiei-mamă, ce sunt obținute în afara statului unde se află sediul acesteia, ajung transferate într-un stat

---

248 P. Luquet, M. Duquenne, P. Bufort, *Google doesn't owe French tax on sales to advertisers, court rules*, ...

249 R. Dillet, *Google to pay $549 million fine and $510 million in back taxes in France*, ...

250 V. Govindarajan, A. Srivastava, H. Warsame, L. Enache, *The Problem with France's Plan to Tax Digital Companies*, Harvard Business Review, July 17, 2019, [*Online*] la https://hbr.org/2019/07/the-problem-with-frances-plan-to-tax-digital-companies.

251 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.*, p. 4.

252 OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint Inclusive Framework on BEPS*, 14. 10.2020, ISBN 9789264289321, [*Online*] la https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/beba0634-en.pdf?expires=1610649886&id=id&accname=guest&checksum=3219A7FA9686EA5F33F1E97D4A746568, p. 3.

253 Pentru mai multe detalii, a se vedea, E. D. Kleinbard, *Stateless Income*, în Florida Tax Review vol. 11, no. 9, 2011, [*Online*] la https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1791769, p. 702.

distinct de cel în care sunt realizate profiturile, unde nu există nici active și nici clienți ai societății-mamă sau ai societăților-fiice ale acesteia. Cel mai facil este în cazul companiilor care au la baza activității DPI fiindcă acestea sunt cele mai mobile, fiind ușor transferabile[254]. În plus față de interconectivitatea economiilor naționale și a piețelor, BEPS are loc și din cauza existenței și exploatării diferențelor între legislațiile statelor lumii, a incompatibilităților între acestea și a vidurilor normative[255] fiind un mecanism fiscal dintr-o varietate de prevederi fiscale naționale care se îmbină perfect pentru a produce rezultatul dorit.

4.1. Consecințele BEPS

BEPS reprezintă o practică fiscală nocivă pentru economiile naționale. Dacă impozitele ar fi calculate și plătite întocmai conform legislațiilor statelor, prin raportare la baza reală de impozitare, fără diminuarea sa, și nu ar fi plătit cu titlu de impozit doar 1-3% din profituri, astfel cum se întâmplă când schema fiscală este bazată pe BEPS, sumele provenite din impozite s-ar constitui în venituri la bugetele statelor și ar ajuta la diminuarea datoriilor de stat[256] (scăderea gradului de îndatorare publică).

Țările care sunt cele mai afectate sunt cele în curs de dezvoltare fiindcă în acestea impozitul pe profit este un element ce contribuie la buget într-o proporție covârșitoare, mai ales cel de la societățile multinaționale[257]. Țările aflate în curs de dezvoltare ar pierde aproximativ 50 de miliarde de dolari ca urmare a evitării impozitării[258]. În total, din cauza BEPS, se pierd venituri la bugetele statelor în cuantum de 100-240 miliarde de dolari[259]. În lipsa unei divulgări a profitului făcut pe baza consumatorilor din fiecare țară, este greu de apreciat în concret pierderea raportată la fiecare stat. Totuși, în Marea Britanie s-a încercat efectuarea unui astfel de calcul și s-a ajuns la concluzia că aceasta ar pierde în jur de 12 miliarde de lire sterline anual din cauza a 700 de companii[260] multinaționale.

În final, BEPS se traduce și drept un avanataj competititv al societăților multinaționale față de cele naționale[261], fiindcă cele din urmă nu au posibilitatea utilizării aceloraşi scheme fiscale pentru diminuarea sarcinii fiscale, lipsindu-le dimensiunea internațională necesară. În plus, se susține că această practică, care este vizibilă și pentru persoanele fizice din statul respectiv, determină respectivele persoane să nu mai respecte obligațiile fiscale patrimoniale, urmând exemplul societăților multinaționale[262], în baza unui sentiment al nedreptății (dacă societățile

---

254 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.*, p. 2.

255 OECD, *About the Inclusive Framework on BEPS*, [*Online*] la https://www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm/#BEPSpackage.

256 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.*, p. 1.

257 OECD, *About the Inclusive Framework on BEPS, ...*

258 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.*, p. 9.

259 OECD, *BEPS*, [*Online*] la https://www.oecd.org/tax/beps/.

260 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.*, p. 9.

261 OECD, *About the Inclusive Framework on BEPS, ...*

262 OECD, *About the Inclusive Framework on BEPS, ...*

multinaționale, cu venituri de miliarde de dolari, nu își achită impozitele, cu atât mai puțin persoane fizice cu venituri infime prin comparație vor proceda la a-și respecta obligațiile).

4.2. Măsuri generale propuse împotriva BEPS. OECD drept actor principal la nivel internațional

Sesizând efectele negative ale BEPS alături de dimensiunea internațională a practicii, OECD[263] a fost una dintre primele organizații care a formulat o poziție clară și fermă în privința BEPS și a creat premisele unor reguli fiscale internaționale în materie. Printre întrebările ce și-au căutat răspuns la nivelul OECD se află și compatibilitatea sistemelor naționale tradiționale de impozitare, dezvoltate în baza economiilor existente în urmă cu mai bine de un secol, cu o societate globalizată și intens digitalizată, caractere ce se reflectă și în economia globală modernă[264]. Deși sistemele respective au ajuns a fi șlefuite până la nivelul evitării dublei impuneri și au reușit să asigure un anumit nivel de certitudine în impozitare[265], economia digitală[266] aflată în continuă expansiune necesită noi reguli și principii, adaptate, astfel încât statele să nu fie prejudiciate prin schemele fiscale ce exploatează vulnerabilitățile existente prin intermediul caracteristicilor datelor și activelor intangibile specifice companiilor *high-tech* multinaționale.

OECD a început din 2013[267] să dezvolte 15 tipuri de acțiuni, grupate pe trei piloni[268], ce includ idei, teorii și propuneri de reglementări normative naționale, astfel încât BEPS să nu mai poată fi practicat în continuare. Ceea ce își propun acțiunile OECD, cărora li s-a alăturat și G20[269], este ca regulile și instrumentele pe care le dezvoltă cu ajutorul comunității internaționale, să asigure impozitarea profitului la locul unde acestea sunt generate prin activități economice și în locul unde valoarea este creată[270]. Activitatea OECD și a colaboratorilor care s-au alăturat acțiunilor sale au avut în vedere structurarea unui cadru internațional

---

263 OECD reprezintă *Organisation for Economic Co-operation and Development* înființată prin Convenția de la Paris din 14 decebrie 1960. România este stat membru. Mai multe detalii despre OECD se regăsesc la https://www.mae.ro/node/1481.

264 OECD, *Action 1 Tax Challenges Arising from Digitalisation*, [*Online*] la http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/.

265 OECD, *Action 1 Tax Challenges Arising from Digitalisation*, ...

266 OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint Inclusive Framework on BEPS*, p. 3.

267 *Ibidem.*

268 *Ibidem.*

269 G20 reprezintă Grupul celor douăzeci de miniștri ai finanțelor și ai guvernatorilor băncilor centrale, conform originalului din engleză, *the Group of Twenty Finance Ministers and Central Bank Governors*. G20 este un forum creat în 1999, după crizele din Asia și Rusia, pentru a reuni economiile dezvoltate și marile economii emergente. Mai multe detalii despre G20 se regăsesc la adresa web https://ro.wikipedia.org/wiki/G20.

270 OECD, *Beps Actions*, [*Online*] la http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/.

pentru sistemele de impozitare, care să reunească consistență, claritare și coordonare[271].

Pentru început, o constantă a regulilor dezvoltate de OECD este transparența, dezvoltată pe trei dimensiuni: între companii și stat, între stat și contribuabili[272] și între state (acestea ar trebui întocmească rapoarte naționale și să colaboreze prin schimbul acestora[273]). Transparența se reflectă și într-una din măsurile propuse pentru a preveni schemele fiscale agresive, și anume obligația de a divulga o astfel de schemă, de către societățile care o utilizează, în statul în care este utilizată, în baza unui cadru legal adoptat de către fiecare stat în parte[274]. Un astfel cadru normativ național ar trebui să reglementeze ce scheme fiscale sunt raportabile (condițiile pentru a deveni incidentă obligația de raportare) și are drept scop informarea timpurie cu privire la schemele fiscale pentru a permite realizarea unor analize de risc în baza informațiilor obținute, un răspuns prompt și preîntâmpinarea unor evitări a impozitării[275]. De asemenea, o propunere interesantă ce ar reprezenta totodată o reformă în materie de raportare și transparență constă în instituirea unei obligații în sarcina consultanților fiscal de a raporta schemele fiscale pentru evitarea impozitării și a unei obligații în sarcina statelor de a întocmi rapoarte naționale privind investitorii multinaționali[276].

După cum se poate observa, și în cele două scheme fiscale analizate, există suficiente motive rezonabile pentru a se susține și existența unor regimuri fiscale preferențiale acordate companiilor (soluțiile fiscale individuale irlandeze) tocmai în baza profilului activității lor ce implică DPI. Prin urmare, aceste regimuri contribuie la și susțin BEPS. În cadrul de reglementare propus de OECD, regimurile fiscale preferențiale acordate în considerarea DPI, bazate în principal pe deductibilități sau excluderi ale anumitor categorii de la impozitare, pot fi perpetuate doar dacă în statul care acordă un astfel de regim societățile au cheltuieli reale cu dezvoltarea și cercetarea DPI[277], desfășurând cu adevărat, efectiv, aceste activități.

---

271 OECD, *Action 1 Tax Challenges Arising from Digitalisation*, ...

272 OECD, *Adressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1 – 2015, Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2015, Paris, [*Online*] la https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report_9789264241046-en#page87, p. 86.

273 OECD, *Adressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, p. 86.

274 OECD, Action 12 Mandatory Disclosure Rules, [*Online*] la http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action12/.

275 OECD, *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, [*Online*] la https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241442-en.pdf?expires=1610651860&id=id&accname=guest&checksum=5062AB3FA503085FA127949A15503F6D, p. 13.

276 C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. H. Heckemeyer, H. Nusser, *op. cit.*, p. 2.

277 OECD, *Adressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, p. 90.

4.2.1. Reconceptualizarea sediului permanent

Un alt element central al proiectului OECD în privința BEPS îl reprezintă redefinirea sediului permanent[278]. Acesta este un concept dezvoltat din necesități fiscale în scopul determinării, în comerțul internațional, a locului (statului de impozitare). Conceptul s-a șlefuit în principal sub auspiciile tipului de comerț sub regența căruia a luat naștere, și anume un comerț tradițional, cu produse predominant tangibile. Pentru calificarea unui stat drept sediu permanent, pe teritoriul acestuia ar trebui să se regăsească o „minimă legătură necesară pentru a aplica taxarea la sursă a profiturilor active ale unei afaceri"[279], legătură înțeleasă drept prezență fizică sau reprezentativă[280].

Serviciile de publicitate *online* se sustrag de la comerțul tradițional, fiind subsumate comerțului electronic, care nu mai prezintă compatibilitate integrală cu conceptul de sediu permanent. Acestea sunt prestate în temeiul unor contracte electronice și prin mijloace electronice. Prin urmare, aceste servicii, generatoare de venituri substanțiale, nu presupun o prezență fizică în statul în care serviciul se prestează, iar beneficiarul lor este dificil de identificat. Aceeași concluzie se regăsește în cadrul oricărei activități ce are la bază DPI și este parte din economia digitală. În plus, după cum se observă în cazul Google și Facebook, ambele au "birouri teritoriale", despre care susțin că nu prestează propriu-zis activitate generatoare de venituri, motiv din cauza căruia birourile nu pot fi calificate drept sedii permanente pentru a proceda la impozitarea în fiecare stat.

O idee avansată a fost ca, în contextul existenței unor filiale naționale ale companiilor-fiică (precum așa-numitele birouri teritoriale), atunci când aceste filiale joacă un rol important în încheierea contractelor dintre rezidenții respectivei țări și compania-fiică, fără a le încheia cea din urmă în mod formal, vânzările, respectiv prestările de servicii, să fie considerate a fi efectuate de către filială, în ciudat faptului că sediul permanent ar fi cel al companiei-mamă[281]. În plus, s-a propus eliminarea unor excepții privind acordarea statutului de sediu permanent atunci când activitățile desfășurate nu sunt cu adevarat auxiliare sau preparatorii pentru activitățile principale ale companiei[282], ci au dobândit în timp un rol semnificativ în activitatea sa. În acest mod, se materializează conceptul conform

---

[278] *Idem*, p. 87.

[279] I. M. Costea, *Sediul permanent în comerțul electronic*, în Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza" Iași. Seria Științe Juridice, Tomul LXIV, 2018, Supliment, p. 213, *apud* D. Pinto, *The Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold*, An earlier version of this article was presented as a paper at the 18th Annual Conference of the Australasian Tax Teachers' Association held on 30 January to 1 February 2006 at the Melbourne Law School, University of Melbourne, Australia, [*Online*] la https://espace.curtin.edu.au/bitstream/handle/20.500.11937/38171/20960_downloaded_stream _416.pdf?sequence=2&isAllowed=y, accesat 08.10.2018.

[280] I. M. Costea, Sediul permanent în comerțul electronic, ..., p. 213.

[281] OECD, *Adressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, p. 88.

[282] *Ibidem.*

căruia impozitele trebuie plătite în același stat în care profiturile au fost realizate (*source-based taxation*[283]), și nu acolo unde au fost transferate tocmai cu scopul evitării sau reducerii impozitării[284]. Prin urmare, impunerea trebuie să aibă loc în fiecare stat din care societățile multinaționale obțin profituri, prin raportare la profiturile generate de prestarea activității în/pentru respectivul stat.

4.2.2. Preţurile de transfer

Activele intangibile precum DPI sunt nucleul valorii generate de companiile multinaționale *high-tech* pentru obținerea veniturilor, dar sunt mobile și greu de evaluat[285]. Mobilitatea permite, astfel cum se observă din schemele fiscale ale giganților publicitari, relocarea lor în orice stat al lumii dorit. Ocolirea regulilor prețurilor de transfer se poate realiza prin contracte de licență sau acorduri de contribuire la costuri (*cost contribution agreements/cost-sharing agreements*), sau scheme fiscale care separă deducerile cheltuielilor realizate pentru dezvoltarea DPI[286]. De asemenea, ocolirea poate avea loc și din cauza dificultăților întâmpinate în evaluarea DPI la momentul transferului lor, precum și din cauza acordurilor încheiate prin care se ascund sau sunt greu de identificat anumite DPI[287].

Pentru început, pentru a contracara acordurile fictive de costuri, s-a avansat ideea conform căreia faptul că o societate-fiică contribuie la cercetarea și dezvoltarea DPI nu o îndreptățește la a obținute profituri diferențiate, mult superioare, ci aceasta trebuie să fie remunerată în concordanță cu activitatea efectiv prestată[288] și cota sa de participare. Apoi, în ceea ce privește imposibilitatea evaluării la momentul transferului, s-a propus opțiunea de a evalua ulterior DPI pe baza profiturilor realizate ca urmare a exploatării lor. În plus, în considerarea principiilor transparenței și cooperării, s-a propus și instituirea unui standard uniform al documentelor în materie de prețuri de transfer[289].

4.2.3. Alte măsuri

Printre celelalte măsuri propuse se numără modificarea prevederilor care reglementează CFC[290] și impozitarea lor, fiindcă tocmai vidurile legislative și

---

283 A. M. Lejour, H. A. A. Verbonr, *Source-based versus residence-based capital income taxes in a dynamic model*, în European Journal of Political Economy, vol. 14, 1998, [*Online*] la https://www.researchgate.net/publication/223675958_Source-based_versus_residence-based_capital_income_taxes_in_a_dynamic_model/link/5bc448f0299bf1004c5f4c9e/download, p. 530.

284 Oxfam, *Tax battles. The dangerous global Race to the Bottom on Corporate Tax*, p. 5.

285 OECD, *Action 8-10 Transfer Pricing*, [*Online*] la http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action8-10/.

286 OECD, *Adressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, p. 91.

287 *Ibidem.*

288 *Ibidem.*

289 OECD, *Adressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, p. 86.

290 OECD, *Action 3 Controlled Foreign Company*, [*Online*] la https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action3/.

portițele normative din acest segment favorizează BEPS. În privința CFC, există practica de a transfera riscul prin contractele de licență în sarcina companiei situate în paradisul fiscal (cea din străinătate, controlată direct sau indirect de compania-mamă). Astfel, acesteia i se alocă venituri substanțiale pentru a compensa riscurile suportate. În această situație, pentru a preveni transferurile artificiale cu avatanje fiscale, măsurile includ determinarea riscului ce poate fi suportat de o companie în baza posibilității sale de a exercita un control real și efectiv și de a avea capacitatea financiară de a-și asuma riscul[291]. În baza acestor reguli, se pot amenda contractele existente, iar dovada ar fi conduita reală a companiilor[292]. În plus, profiturile nu mai pot fi alocate companiilor care nu contribuie deloc la generarea lor[293]. Aceste măsuri sunt utile mai ales în considerarea tipului de companii a căror rezidență se stabilește în paradisul fiscal (*mailbox company*).

Alte măsuri propuse, includ extinderea dreptului de a impozita societăți atunci când există o participare activă și susținută a acestora într-o anumită jurisdicție, chiar de la distanță, și un drept de impozitare special – „*tax back*", oferit acelor jurisdicții care nu și-au exercitat dreptul de a impozita sau când, în lipsa acestui impozit, profiturile ar fi suspuse unei impozitări foarte reduse[294].

În final, pentru cooperare și transparență, a fost creată Platforma pentru colaborare în materie de impozitare[295]. Aceasta reprezintă un mijloc de intensificare a cooperării dintre organizațiile internaționale fondatoare, în materie fiscală. Aceasta a luat naștere prin efortul comun al OECD, IMF[296], UN[297] și World

---

[291] OECD, *Adressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, p. 92.

[292] *Ibidem.*

[293] *Ibidem.*

[294] OECD, *OECD Secretary-General Tax Report To G20 Finance Ministers And Central Bank Governors Saudi Arabia October 2020*, OECD Paris, 2020, [*Online*] la http://www.oecd.org/tax/beps/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-october-2020.pdf, p. 10.

[295] Platforma se regăsește la adresa web http://www.tax-platform.org/.

[296] IMF *(International Monetary Fund)* reprezintă Fondul Internațional Monetar, o organizație internațională cu 188 de state membre. A fost constituită prin Tratatul de la Bretton Woods din iulie 1944, având ca scop principal promovarea unei economii mondiale sănătoase.

[297] UN *(United Nations)* reprezintă Organizația Națiunilor Unite. Fondată pe 24 octombrie 1945, după Al Doilea Război Mondial, are astăzi 193 de state membre. Întemeierea ei a constat din semnarea, de către membrii ei fondatori, a Cartei Organizației Națiunilor Unite.

Bank Group[298,299] și este utilizată în prezent și pentru diseminarea informațiilor care oferă rapoarte și îndrumări cu privire la măsurile în sfera fiscală.

Efectul negativ al măsurilor înaintate în atenția comunității internaționale este că, în unele cazuri în care reformele propuse de OECD au fost adoptate și au avut rezultatul urmărit, și anume au anostomozat cercul evitării sau reducerii impozitului prin BEPS, guvernele naționale au compensat prin scăderea taxelor și impozitelor pentru companii. Prin urmare, s-a ajuns la o întrecere între state pentru scăderea și oferirea unor taxe și impozite cât mai mici[300] încât să fie atrase societățile multinaționale care vin la pachet cu investiții străine.

4.3. Măsuri naționale cu efect asupra BEPS

4.3.1. US Tax Cuts and Jobs Acts of 2017

La nivelul SUA, s-a propus mai întâi, indiferent de problema ce o reprezenta BEPS la nivel internațional, reducerea impozitelor pentru companii[301] cu scopul de a determina repatrierea profiturilor din străinătate, în beneficiul SUA. Ulterior, împreună cu însușirea unor propuneri și măsuri cuprinse în acțiunile OECD, a luat naștere actul normativ fiscal american *Tax Cuts and Jobs Act* (în continuare, „TCJA"). TCJA a fost adoptată în 2017 în timpul administrației Trump. Se susține că aceasta a venit drept răspuns direct la proiectul propus de OECD pentru anihilarea practicilor de tip BEPS[302]. TCJA a urmărit printre altele să instituie un mecanism pentru a submina schemele fiscale ale giganților publicitari, care din punct de vedere al autorităților americane au cauzat un prejudiciu substanțial bugetului național și reprezintă în același timp o problemă la nivel internațional. Prin TCJA s-a încercat și adoptarea unor măsuri care să determine giganții publicitari să repatrieze profiturile obținute în străinătate, fără a le mai "parca" în paradisuri fiscale. În acest scop, s-a introdus un impozit asupra

---

298 *World Bank Group* reprezintă Grupul Băncii Mondiale, o instituție formată din alte cinci instituții financiare internaționale: Banca Internațională pentru Reconstrucție și Dezvoltare - BIRD (*International Bank for Reconstruction and Development*), Corporația Financiară Internațională - IFC *(International Finance Corporation*), Asociația Internațională de Dezvoltare - IDA (*International Development Association*), Agenția de Garantare Multilaterală a Investițiilor - MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*), Centrul Internațional de Reglementare a Diferendelor din Domeniul Investițiilor - ICSID (*International Center for Settlement of Investments Disputes*).

299 OECD, *Platform for Collaboration on Tax*, [*Online*] la https://www.oecd.org/tax/platform-for-collaboration-on-tax.htm.

300 Oxfam, *Tax battles. The dangerous global Race to the Bottom on Corporate Tax*, p. 6.

301 J. Sokatch, *op. cit.*, p. 744.

302 J. Silbering-Meyer, *Tax Cuts and Jobs Act: A Response to BEPS*, Journal of International Taxation 2018, Volume 29, Number 09, September 2018, [*Online*] la https://static.store.tax.thomsonreuters.com/static/relatedresource/Tax_Cuts_and_Jobs_Act__A_Response_ to_BEPS__Journal_of_International_Taxation__Sep_2018.pdf, p. 1.

veniturilor din străinătate neimpozitate anterior ale anumitor companii[303] (denumit „impozit de tranziție", care se aplică o singură dată[304]), un impozit asupra GILTI (*Global Intangible Low Tax Income*[305]) și o reducere a impozitului pe profit la 21% (de la 35%) începând cu 1 ianuarie 2018[306]. Impozitul de tranziție se aplică companiilor de tip CFC și celor străine, care au un acționar companie americană[307], ca și cum respectivele profituri ar fi fost repatriate anterior în SUA, și poate fi achitată și în rate[308] (în considerarea cuantumului considerabil la care se ajunge prin aplicarea unui impozit asupra veniturilor dintr-o perioadă mai lungă de timp). În privința reducerii impozitului, aceasta a venit în scopul creșterii atractivității statului american din punct de vedere fiscal, SUA intând astfel la rândul său în competiția internațională pentru oferirea unor avantaje fiscale societăților multinaționale. Tot prin TCJA s-a eliminat și impozitul asupra dividendelor primite de la companiile străine[309].

Impozitul GILTI reprezintă un instrument esențial împotriva BEPS a cărui arhitectură are la bază DPI[310], fiind menit să descurajeze transferul profiturilor utilizând DPI (implicit și transferul activelor intangibile precum DPI). Acesta este un impozit aplicat asupra veniturilor străine[311], obținute și din exploatarea DPI, al căror cuantum depășește 10% din cuantumul investițiilor străine realizate de compania în cauză[312]. Cuantumul acestui impozit este de minim 10,5%[313], fiind la nivelul sau chiar mai jos de nivelul impozitului în celelalte state ale lumii[314].

---

303 Internal Revenue Service, *Section 965 Transition Tax*, [*Online*] la https://www.irs.gov/businesses/section-965-transition-tax.

304 E. Toder, *Explaining the TCJA's International Reforms*, Tax Policy Center, 2 February 2020, [*Online*] la https://www.taxpolicycenter.org/taxvox/explaining-tcjas-international-reforms.

305 Pentru mai multe detalii despre GILTI, a se vedea, Tax Policy Center, *What is global intangible low-taxed income and how is it taxed under the TCJA?*, în Tax Policy Center Briefing Book. Key Elements of the U.S. Tax System, [*Online*] la https://www.taxpolicycenter.org/briefing-book/what-global-intangible-low-taxed-income-and-how-it-taxed-under-tcja.

306 Facebook, *Facebook Reports Fourth Quarter and Full Year 2017 Results*, Menlo Park, California, Jan. 31, 2018, [*Online*] la https://s21.q4cdn.com/399680738/files/ doc_news/ Facebook-Reports-Fourth-Quarter-and-Full-Year-2017-Results.pdf, p. 3.

307 Internal Revenue Service, *Section 965 Transition Tax*, ...

308 Internal Revenue Service, *Section 965 Transition Tax*, ...

309 E. Toder, *Explaining the TCJA's International Reforms*, ...

310 K. Pomerleau, *What's up with Being GILTI?*, Tax Foundation, March 14, 2019, [*Online*] la https://taxfoundation.org/gilti-2019/.

311 E. Lebas (KPMG), *US tax reform series - presumed GILTI (the 'stick')*, August 2018, AGEFI Luxembourg, [*Online*] la https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/lu/pdf/lu-en-us-tax-reform-series-presumed-gilti.pdf.

312 E. Lebas (KPMG), *US tax reform series - presumed GILTI (the 'stick')*, ...

313 K. Pomerleau, *What's up with Being GILTI?*, ...

314 *Ibidem*

Impozitul GILTI este operabil indiferent de existența unei repatrieri, respectiv distribuiri a profitului către acționarii americani[315].

TCJA a avut efectul scontat, acesta fiind vizibil chiar din 2018, Astfel, după noua lege din 2017, companiile au început să repatrieze profitul din paradisurile fiscale (în special Bermude) către SUA[316]. Totuși, deși se susține că elementele ce țin de fiscalitate sunt determinante în materie de structura organizațională a unei companii, ceea ce include și locația sediilor sale, faptele au dovedit că există și alte aspecte ce pot impacta activitatea și structura companiei, în special prevederile în materie de protecție a datelor cu caracter personal, mai ales în cazul unor companii pentru giganții publicității *online* care au la baza activității lor date cu caracter personal[317]. Astfel, în 2018, Facebook a transferat o parte din conturile utilizatorilor pentru a le sustrage de la aplicarea legii europene în SUA, doar din considerentele unei legi mai favorabile în materie de protecție a datelor[318].

4.3.2. Impozitul "digital" francez

Franța a dezvoltat un impozit unilateral pentru companiile din domeniul tehnologiei, care obligă companiile cu cifră de afaceri globală mai mare de 740 de milioane de euro și de 25 de milioane de euro în Franța, să achite 3% din veniturile obținute în Franța cu titlu de impozit[319] (deci nu din profit[320], astfel că nu operează deduceri pentru calcularea impozitului). Autoritățile franceze au trimis deja somații către o parte din companiile susceptibile de a fi impozitate, printre care și Facebook, pentru a achita impozitul[321].

---

315 E. Lebas (KPMG), *US tax reform series - presumed GILTI (the 'stick')*, ...

316 L. Davison, U.S. Companies Repatriated Offshore Profits in Record Numbers Last Year, Bloomberg, 24 July 2019, [*Online*] la https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-07-24/corporate-america-extracts-cash-from-bermuda-after-tax-change și J. Kent, *Bermuda tops world in profits sent back to US*, The Royal Gazette, 25 July 2019, [*Online*] la https://www.royalgazette.com/international-business/business/article/20190725/bermuda-tops-world-in-profits-sent-back-to-us/.

317 A. Hern, *Facebook moves 1.5bn users out of reach of new European privacy law. Company moves responsibility for users from Ireland to the US where privacy laws are less strict*, The Guardian, 19 April 2018, [*Online*] la https://www.theguardian.com/ technology/2018/apr/19/facebook-moves-15bn-users-out-of-reach-of-new-european-privacy-law.

318 D. Ingram, *Exclusive: Facebook to put 1.5 billion users out of reach of new EU privacy law*, Reuters, 19 April 2018, [*Online*] la https://www.reuters.com/article/us-facebook-privacy-eu-exclusive/exclusive-facebook-to-put-1-5-billion-users-out-of-reach-of-new-eu-privacy-law-idUSKBN1HQ00P.

319 C. Goujard, *The world could learn a thing or two from France's plan to tax Amazon, Facebook and Google*, Wired, 4 February 2019, [*Online*] la https://www.wired.co.uk/article/france-tax-amazon-facebook-google.

320 V. Govindarajan, A. Srivastava, H. Warsame, L. Enache, *The Problem with France's Plan to Tax Digital Companies*, ...

321 A. Williams, H. Murphy, V. Mallet, *France demands digital tax payments from US tech groups*, 24 November 2020, Financial Times, [*Online*] la https://www.ft.com/content/2cfe3d07-7e69-4f57-b634-8b6002f967cb.

În acest context, guvernul american a început să analizeze inițiativa fiscală a Franței considerând că se poate încadra drept practică comercială neloială[322]. Inițial, la începutul anului 2020, Franța a fost de acord să suspende impozitarea efectivă pentru a urmări evoluția negocierilor din cadrul OECD cu privire la un cadru internațional pentru "impozitare digitală". Totuși, în iunie 2020 SUA au încetat să mai colaboreze cu țările parte din OECD[323], iar acest fapt, împreună cu dezvoltarea economiei digitale pe fondul pandemiei[324], au determinat Franța să pună în aplicare impozitul digital.

Concluzii

Prin mecanismele fiscale analizate, giganții publicitari au reușit an după an să maximizeze profiturile într-un mod în care nicio altă companie multinațională nu a reușit, datorită unui avantaj specific lumii contemporane: economia digitală. Totuși, câștigurile corporatiste s-au făcut inevitabil resimțite drept pierdere în economia națională a statelor care oferă infrastructură și piață de desfacere (consumatori) pentru produsele și serviciile digitale incluse în publicitatea *online*. Schemele fiscale nu au beneficiat numai de inconsecvențele dintre legislațiile statelor și vidurile acestora, ci și de o intenție directă a unor state de a facilita astfel de scheme pentru a atrage companiile pe teritoriul lor. În acest mod, în două-trei state au fost concentrate impozite cuvenite unor zeci de state. Prin urmare, în opinia noastră, "lupta" nu e doar între state și companii multinaționale, ci trebuie să aibă în vedere și acele state care iau măsuri pentru a sprijini aceste companii, în detrimentul altor bugete de stat. Importanța acestei dimensiuni a luptei împotriva BEPS este amplificată de caracteristicile serviciilor digitale, și anume că pot fi prestate oricând, oriunde, chiar în toate celelalte state ale lumii.

Cel mai important pas în oprirea sustragerii veniturilor din publicitate de la impozitare a fost corelarea eforturilor naționale și unirea acestora sub egida acțiunilor întreprinse de OECD în colaborare cu G20. Așa cum schemele fiscale profitau de lipsa unei coordonări între legislațiile fiscale ale statelor, contracararea acestor scheme presupune întocmai acoperirea vulnerabilității exploatate. Totuși, nu poate fi negat ritmul relativ lent în care a avut devoltarea ideilor și realizarea unor planuri de acțiune. Din acest motiv, unele state au decis să acționeze pe cont propriu, inspirându-se din cadrul de reglementare înaintat de OECD. Măsurile propuse se dovedesc deja a fi benefice, implementarea unora la nivel național conducând la destrămarea, începând din 2021, a schemelor fiscale ale Google și

[322] V. Govindarajan, A. Srivastava, H. Warsame, L. Enache, *The Problem with France's Plan to Tax Digital Companies, ...*

[323] A. Williams, H. Murphy, V. Mallet, *France demands digital tax payments from US tech groups, ...*

[324] *Ibidem*

Facebook. Efectele lor sunt chiar vizibile, elemente ale mecanismelor fiscale începând să fie ”dezintegrate”[325].

Privind retrospectiv, observăm miliarde de dolari catalogate ca profit din produse și servicii de publicitate *online*, obținute din evitări și reduceri ale bazelor impozabile, pe perioade îndelungate de timp. Schimbarea drastică în contabilitatea companiilor nu poate fi fără efecte și nici fără reacții din partea acestora. Pe de altă parte, dincolo de legislația fiscală, noi reglementări în economia digitală și protecția datelor cu caracter personal par să aibă un grad și mai mare de influență asupra acestor companii, mai ales în privința activității de pe teritoriul Uniunii Europene. Publicitatea *online*, subsumându-se atât economiei digitale, cât și prelucrării de date cu caracter personal, trebuie să ia în considerare pentru noile scheme fiscale pe care sunt nevoite să le implementeze și elemente extrinseci fiscalității.

Caracterul confidențial al noilor scheme fiscale va opri o perioadă diseminarea informațiilor cu privire la acestea. Totuși, apreciem că prin efortul și ingeniozitatea profesioniștilor din domeniu, acestea vor fi deslușite în scurt timp. Importanța identificării cât mai precise a acestora constă în susținerea eforturilor comunității internaționale în sensul de a anihila BEPS, dacă aceasta este perpetuată, mai ales fiindcă inerția, omniprezentă în realitatea fizică, presupune o rezistență la modificarea stării corpului, în speță fiind vorba despre companii și eventuala lor încercare de a menține, prin alte mijloace, ”statusul fiscal”.

Referințe

Costea I. M., *Drept financiar. Note de curs*, Ed. Hamangiu, București, 2016

Costea I. M., *Europa şi merele de aur... Sau despre lectura normei fiscale prin regulile pieţei unice*, în Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași. Seria Științe Juridice, Tomul LXVI/II, Științe Juridice, 2020, pp. 199-209

Costea I. M., *Sediul permanent în comerțul electronic*, în Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași. Seria Științe Juridice, Tomul LXIV, Supliment, 2018, pp. 211-220

European Parliament, *Tax challenges in the Digital economy. Study*, IP/A/TAXE2/2016-04, PE 579.002, June 2016, https://doi.org/10.2861/799984

Frotscher, Prof. Dr., *Double Irish-Dutch Sandwich*, International Tax Institute – University of Hamburg [Online]

Graham R., *Google and advertising: digital capitalism in the context of Post-Fordism*, the reification of language, and the rise of fake news, în Palgrave Communications 3, 45, 2017, https://doi.org/10.1057/s41599-017-0021-4

House of Commons. Committee of Public Accounts, *HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts*, Nineteenth Report of Session 2012–13, HC 716, 3 December 2012

Irish Tax and Customs, *What constitutes a trade?, Tax and Duty Manual*, Part 02-02-06, September 2019 [Online]

Kleinbard E. D., *Stateless Income*, în Florida Tax Review, vol. 11, 2011, 9:699 [Online]

[325] A. Davis, *Facebook Shutting Irish Units at Center of Tax Dispute: Times*, Bloomberg, 26 December 2020, [*Online*] la https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-12-26/facebook-shutting-irish-units-at-center-of-tax-dispute-times.

Kutera M., *A model of aggressive tax optimization with the use of royalties*, în Journal of Economics and Management, Vol. 30 (4), 2017, https://doi.org/10.22367/jem.2017.30.05

Lejour A. M., Verbonr H. A. A., *Source-based versus residence-based capital income taxes in a dynamic model*, în European Journal of Political Economy, vol. 14, 1998, https://doi.org/10.1016/S0176-2680(98)00020-2

Nusser H., *Profit shifting within multinationals. An analysis of its tax-minimization potential and of anti-avoidance measures that extend taxation of interest and royalties at source*, 22 July 2017, Stuttgart

O'Donell K., *Strategies employed by Multinational Companies to Evade Tax, with a particular emphasis on Tax Havens*, în Revue Juridique étudiante de l'Université de Montréal volume 3, 2017

OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint Inclusive Framework on BEPS*, 14. 10.2020, https://doi.org/10.1787/beba0634-en

OECD, *Adressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015, Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, https://doi.org/10.1787/9789264241046-en

OECD, *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015 https://doi.org/10.1787/9789264241442-en

OECD, *OECD Secretary-General Tax Report To G20 Finance Ministers And Central Bank Governors Saudi Arabia October 2020*, OECD Paris, 2020

Oxfam, *Blacklist or whitewash? What a real EU blacklist of tax havens should look like*, ISBN 978-1-78748-125-1, November 2017, https://doi.org/10.21201/2017.1251

Oxfam, *Tax Battles. The dangerous global Race to the Bottom on Corporate Tax*, Policy Paper, Oxfam House, 2016

Pinto D., T*he Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold*, An earlier version of this article was presented as a paper at the 18th Annual Conference of the Australasian Tax Teachers' Association held on 30 January to 1 February 2006 at the Melbourne Law School, University of Melbourne, Australia

Seely A., *Tax avoidance and tax evasion*, Briefing Paper, no. 7948, House of Commons Library, 2020

Silbering-Meyer J., *Tax Cuts and Jobs Act: A Response to BEPS*, Journal of International Taxation 2018, Volume 29:9, 2018, pp. 29-40

Stewart J., *MNE Tax Strategies and Ireland*, în Critical perspectives on international business 14 (9), 2017, https://doi.org/10.1108/cpoib-02-2016-0002

Thorne D., *The Double Irish And Dutch Sandwich Tax Strategies: Could A General Antiavoidance Rule Counteract The Problems Caused By Utilisation Of These Structures?*, LLM Research Paper, Laws 516: Taxation, Domestic And International, Faculty of Law, University of Wellington, 2013

Tobin G., Walsh K., *What Makes a Country a Tax Haven? An Assessment of International Standards Shows Why Ireland Is Not a Tax Haven*, în The Economic and Social Review, vol. 44, no. 3/2013, pp. 401-424

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINȚE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-3

Legislația notarială reflectată în jurisprudența constituțională

Notarial legislation reflected in constitutional jurisprudence

Ionuț Alexandru Toader[1]

Rezumat: Activitatea notarilor publici și notarială este reglementată prin Legea nr. 36 din 12 mai 1995 , cu modificările și completările ulterioare, lege prin care a fost abrogat Decretul nr. 377 din 14 octombrie 1960 pentru organizarea și funcționarea Notariatului de Stat. Reglementarea a fost realizată prin lege organică, de natură să asigure stabilitate profesiei, buna poziționare a acesteia în cadrul profesiilor juridice liberale, nu în ultimul rând, să asigure stabilitate normativă. Exercitând o profesie juridică liberală, sub autoritatea Ministerului Justiției, notarul public este un furnizor de servicii publice, emite înscrisuri oficiale, în acord cu legea și cu voința solicitanților respectivelor servicii.

Cuvinte cheie: notar public; norme juridice; constituționalitate; control juridic

Abstract: The activity of notaries public and notaries is regulated by Law no. 36 of May 12, 1995, with subsequent amendments and completions, law by which Decree no. 377 of October 14, 1960 for the organization and functioning of the State Notary. The regulation was made by organic law, able to ensure the stability of the profession, its good positioning within the liberal legal professions, last but not least, to ensure normative stability. Exercising a liberal legal profession, under the authority of the Ministry of Justice, the notary public is a provider of public services, issues official documents, in accordance with the law and the will of the applicants for those services.

Keywords: notary public; legal norms; constitutionality; legal control

Introducere

Activitatea notarilor publici și notarială este reglementată prin Legea nr. 36 din 12 mai 1995[2], cu modificările și completările ulterioare, lege prin care a fost abrogat Decretul nr. 377 din 14 octombrie 1960 pentru organizarea și funcționarea Notariatului de Stat[3]. Reglementarea a fost realizată prin lege organică, de natură să asigure stabilitate profesiei, buna poziționare a acesteia în cadrul profesiilor juridice liberale, nu în ultimul rând, să asigure stabilitate normativă.

---

1 Asistent univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, email: alexandru.toader@uaic.ro

2 Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 732 din 18 octombrie 2011.

3 Publicat în Buletinul Oficial al României, nr. 22 din 22 octombrie 1960.

Exercitând o profesie juridică liberală, sub autoritatea Ministerului Justiției, notarul public este un furnizor de servicii publice, emite înscrisuri oficiale, în acord cu legea și cu voința solicitanților respectivelor servicii.

Constituționalitatea legislației privind notarii publici și activitatea notarială

Există prezumția relativă de conformitate a legislației, în general, cu normele și valorile constituționale, prezumție în care se încadrează și legislația notarială. În repetate rânduri, legislația notarială a fost supusă controlului de constituționalitate.

Examinând criticile formulate, prin raportare la normele și valorile constituționale, instanța de contencios constituțional a statuat, în sensul că:

(1) este constituțională[4] *dispoziția legală*[5] *care dă posibilitatea notarului public de a îndrepta sau completa actele notariale care prezintă erori materiale sau omisiuni vădite.*

Controlul de constituționalitate a fost realizat prin raportare la art. 44 alin. (1), referitor la dreptul de proprietate, art. 52 alin. (2), referitor la dreptul persoanei vătămate la o autoritate publică, respectiv, condițiile și limitele exercitării acestui drept se stabilesc prin lege organică.

Curtea a luat în considerare faptul că îndreptarea erorilor materiale sau a omisiunilor vădite se realizează din oficiu sau la cerere, după o procedură determinată, cu citarea și acordul părților, iar faptul că neprezentarea părților prezumă acordul acestora, nu este de natură să încalce prevederile constituționale invocate.

(2) este constituțională[6] *conferirea puterii de titlu executoriu actului autentificat de către notarul public care constată o creanță certă și lichidă.*

Prevederile legale[7] deduse controlului de constituționalitate au fost examinate prin raportare la art. 73 alin. (2) din Constituție, care stabilește domeniul de reglementare prin lege organică.

---

4 Curtea Constituțională a României, Decizia nr. 461 din 15 mai 2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 361 din 28 mai 2007.

5 *„Actele notariale care prezintă erori materiale sau omisiuni vădite pot fi îndreptate sau completate prin încheiere de către notarul public, la cerere sau din oficiu, cu acordul părților, dacă lucrările cuprind date care fac posibilă îndreptarea greșelilor sau completarea omisiunilor. Acordul părților se prezumă dacă, fiind legal citate, nu-și manifestă opunerea. Despre îndreptarea sau completarea efectuată se face mențiune pe toate exemplarele actului”.*

6 Curtea Constituțională a României Decizia nr. 339 din 4 decembrie 2001, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 53 din 25 ianuarie 2002.

7 *„Actul autentificat de notarul public care constată o creanță certă și lichidă are putere de titlu executoriu la data exigibilității acesteia. În lipsa actului original, titlul executoriu îl poate constitui duplicatul sau copia legalizată de pe exemplarul din arhiva notarului public”.*

Curtea a luat în considerare faptul că nu există o cerință de rang constituțional prin care procedura civilă să fie supusă reglementării prin lege organică, dar și jurisprudența în materie[8].

(3) este constituţională[9] competenţa exercitării acţiunii disciplinare, de către Colegiul director, a judecării acesteia de către Consiliul de disciplină, precum şi a termenului de 10 zile pentru formularea contestaţiei împotriva hotărârii date.

Prevederile legale[10] deduse controlului de constituționalitate au fost examinate prin raportare la art. 21, referitoare la accesul la justiție, art. 53, referitoare la restrângerea exercițiului unor drepturi sau libertăți, respectiv, art. 126, referitoare la instanțele de judecată.

Curtea a luat în considerare faptul că nu ne aflăm într-o procedură jurisdicțională special administrativă, ci într-o procedură disciplinară, cele două Consilii sunt organisme profesionale, cu competențe în domeniul răspunderii disciplinare a notarilor publici, precum și faptul că termenul rezonabil se referă la durata unei proceduri, nu la termenul în care o parte poate formula o anumită cale de atac.

---

8 Curtea Constituțională a României Decizia nr. 718 din 29 decembrie 1997, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 396 din 31 decembrie 1997; Decizia nr. 63 din 20 aprilie 1999, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 263 din 9 iunie 1999.

9 Curtea Constituțională a României Decizia nr. 650 din 10 iunie 2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 560 din 24 iulie 2008.

10 *„Art. 41 (1) Acţiunea disciplinară se exercită de Colegiul director şi se judecă de Consiliul de disciplină.*
(2) Pentru suspendarea din funcţie sau excluderea din profesie este obligatorie o cercetare prealabilă, care se efectuează de către Colegiul director.
(3) Audierea celui în cauză este obligatorie, acesta fiind îndreptăţit să ia cunoştinţă de conţinutul dosarului şi să-şi formuleze apărarea.
(4) Consiliul de disciplină citează părţile şi pronunţă o hotărâre motivată, care se comunică acestora.
(5) Împotriva hotărârii părţile pot face contestaţie la Consiliul uniunii, în termen de 10 zile de la comunicare.
(6) Hotărârea Consiliului uniunii poate fi atacată la instanţa judecătorească competentă, civilă sau de contencios administrativ, după caz.
(7) Hotărârea definitivă se comunică şi Ministerului Justiţiei.
(8) Procedura judecării abaterilor disciplinare se stabileşte prin regulament.
Art. 42 Sancţiunile disciplinare se aplică în raport cu gravitatea faptelor şi constau în:
a) observaţie scrisă;
b) amendă de la 5 lei la 20 lei, care se face venit la bugetul Camerei Notarilor Publici. Neachitarea în termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii atrage suspendarea de drept a notarului public până la achitarea sumei.
Hotărârea definitivă constituie titlu executoriu;
c) suspendarea din funcţie pe o durată de maximum 6 luni;
d) excluderea din profesie”.

(4) este constituţional[11] *termenul în care poate să fie exercitată acţiunea în stabilirea răspunderii disciplinare a notarilor publici.*

Prevederile legale[12] deduse controlului de constituționalitate au fost examinate prin raportare la art. 11 alin. (1) și (2), referitoare la dreptul internațional și dreptul intern, art. 15 alin. (1), referitoare la universalitatea legii, respectiv, cetățenii beneficiază de drepturile și libertățile consacrate prin Constituție și prin alte legi și au obligațiile prevăzute de acestea, art. 16 alin. (1), referitoare la faptul că cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări, respectiv, art. 20, referitoare la tratatele internaționale și drepturile omului.

Curtea a luat în considerare faptul că norma legală criticată reglementează procedura referitoare la exercitarea acțiunii disciplinare, fără să conțină vreo reglementare referitoare la prescripția dreptului de exercitare a acestei acțiuni ori la decăderea din dreptul de a angaja răspunderea disciplinară, iar hotărârea poate să fie atacată în instanța de judecată.

(5) este constituțională[13] *norma care permite persoanelor străine de moştenire să conteste certificatul de moştenitor.*

Prevederile legale[14] deduse controlului de constituționalitate au fost examinate prin raportare la art. 16, referitor la egalitatea în drepturi, art. 24, referitor la dreptul la apărare, respectiv, art. 44, referitor la dreptul de proprietate privată.

Curtea a luat în considerare faptul că certificatul de moștenitor nu constituie titlu de proprietate. În același timp, certificatul de moștenitor nu înlătură posibilitatea persoanelor străine de moștenire de a emite pretenții asupra bunurilor cuprinse în masa succesorală, de a face dovada drepturilor lor asupra acestor bunuri și de a-și apăra drepturile și interesele în justiție.

(6) este constituţională[15] *competenţa Ministerului Justiţiei în stabilirea numărului de notari publici şi a birourilor de notari publici, la propunerea Consiliului Uniunii Naţionale a Notarilor Publici.*

---

11 Curtea Constituțională a României Decizia nr. 1108 din 8 septembrie 2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 783 din 4 noiembrie 2011.

12 Art. 41 din Legea nr. 36/1995, *supracit.*

13 Curtea Constituțională a României Decizia nr. 809 din 3 iulie 2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 587 din 5 august 2008.

14 *„Cei care se consideră vătămaţi în drepturile lor prin emiterea certificatului de moştenitor pot cere instanţei judecătoreşti anularea acestuia şi stabilirea drepturilor lor, conform legii. Până la anularea sa prin hotărâre judecătorească, certificatul de moştenitor face dovada deplină în privinţa calităţii de moştenitor şi a cotei sau bunurilor care se cuvin fiecărui moştenitor în parte”.*

15 Curtea Constituțională a României Decizia nr. 83 din 30 aprilie 1997, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 199 din 19 august 1997.

Prevederile legale[16] criticate au fost deduse controlului de constituționalitate prin raportare la art. 15, referitoare la universalitatea legii.

Curtea a luat în considerare faptul că notarul public exercită un serviciu public și este necesar ca elementele și condițiile de organizare în teritoriu a acestui serviciu public, precum și numărul anual de notari care să acopere cerințele, potrivit nevoilor cetățenilor, să fie stabilite, nu discreționar, ci la propunerea Consiliului Uniunii Naționale a Notarilor Publici, de către Ministerul Justiției în calitate de organ de specialitate al administrației publice centrale.

Soluția plasării notarilor publici sub autoritatea Ministerului justiției se regăsește în legislațiile europene. Astfel, în Letonia, notarii publici sunt numiți, transferați și revocați de către ministrul justiției. În Austria, potrivit art. 9 din Codul notariatului, din 25 iulie 1871[17] , numărul notarilor publici, repartizarea și reședința acestora sunt stabilite prin decret al ministrului justiției. În Germania, potrivit art. 1 din Codul federal al notarului din 24 februarie 1961[18], astfel cum a fost modificat prin a șasea lege de modificare a Codului federal al notariatului, din 15 iulie 2006[19], notarii sunt numiți de landuri în calitate de titulari ai unei funcții publice independenți, cu atribuții de autentificare a actelor juridice și alte atribuții în domeniul „administrării justiției cu titlu preventiv". Misiunea de „justiție preventivă" ar fi, așadar transferată de stat notarilor în vederea descărcării rolului instanțelor. Soluția normativă poate să fie promovată și în legislația din țara noastră, având drept scop și finalitate degrevarea instanțelor de judecată de acele cauze cu impact social redus și neconflictuale, prin aceasta reducându-se volumul de activitate înregistrat pe rolul instanțelor de judecată. Redistribuirea acestor competențe poate fi partajată cu alte autorități, spre exemplu registrul comerțului, instituție aflată tot sub autoritatea Ministerului justiției.

---

16 *„(1)Consiliul Uniunii Naționale a Notarilor Publici este constituit din câte un reprezentant al fiecărei Camere a Notarilor Publici, din care se aleg preşedintele şi doi vicepreşedinţi, în condiţiile stabilite prin statutul uniunii.*
(2) Consiliul uniunii are următoarele atribuţii: a) propune ministrului justiţiei numirea, suspendarea, revocarea ori încetarea calităţii de notar public;
b) propune ministrului justiţiei numărul necesar al birourilor de notari publici şi condiţiile de desfăşurare a examenelor de notari publici;
c) stabileşte, cu aprobarea ministrului justiţiei, onorariile minimale pentru serviciile prestate de notarii publici;
d) aprobă cotele de contribuţie ale birourilor notarilor publici la Cameră, precum şi cele ale Camerelor la Uniunea Naţională a Notarilor Publici, potrivit statutului acesteia;
e) reprezintă Uniunea Naţională a Notarilor Publici în raporturile cu terţii, pe plan intern şi internaţional;
f) îndeplineşte alte atribuţii prevăzute de lege sau de regulament".

17 În versiunea care rezultă din BGBI. I, 164.2005.

18 BGBI. 1961 I, p. 97.

19 BGBI. 2006I, p. 1531.

Constituţionalizarea legislaţiei referitoare la notarii publici şi activitatea notarială

Procesul de constituționalizare a normelor juridice este procesul prin care acestea sunt puse în acord cu legea fundamentală, preferabil să fie *ab initio*, concomitent cu elaborarea și adoptarea lor. Uneori, constituționalizarea se realizează ulterior, fie prin modificarea normei, prin punerea în acord cu legea fundamentală, fie prin controlul de constituționalitate, prin adoptarea unor decizii interpretative ori de constatare a neconstituționalității, cu efectele specifice rezultând din Constituție.

În acest sens, soluționând excepția de neconstituționalitate ridicată de către un notar public, instanța de contencios constituțional, a statuat că:

(1) este neconstituţională[20] *incriminarea faptei constând în reţinerea şi nevărsarea, cu intenţie, în cel mult 30 de zile de la scadenţă, a sumelor reprezentând impozite şi contribuţii cu reţinere la sursă.*

Prevederile legale[21] criticate, art. 6 din Legea nr. 242 din 2005[22], au fost deduse controlului de constituționalitate prin raportare la art. 23 alin. (12), nicio pedeapsă nu poate fi stabilită sau aplicată decât în condițiile și în temeiul legii și art. 7, nicio pedeapsă fără lege, din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

Curtea a luat în considerare faptul că orice lege trebuie să fie previzibilă, sens în care și CEDO a statuat că legea trebuie să fie accesibilă justițiabilului și previzibilă în ceea ce privește efectele sale. Chiar dacă norma de incriminare constatată ca fiind neconstituțională era cuprinsă în legea referitoare la prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, prin obligațiile și efectele juridice pe care aceasta le producea afecta și activitatea desfășurată de către notarii publici.

(2) cerinţa supralegalizării actelor oficiale străine „este constituţională[23]*, în măsura în care nu se aplică actelor notariale încheiate în ţări care au aderat la Convenţia de la Haga, adoptată la 5 octombrie 1961, ori în ţări cu care România are încheiate convenţii, tratate sau acorduri privind asistenţa juridică în materie civilă, care prevăd scutirea de orice legalizare".*

Prevederile legale[24] criticate, au fost deduse controlului de constituționalitate, prin raportare la art. 44, referitoare la dreptul de proprietate privată.

---

[20] Curtea Constituțională a României, Decizia nr. 363 din 7 mai 2015, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 495 din 6 iulie 2015.

[21] Art. 6 „*Constituie infracţiune şi se pedepseşte cu închisoare de la un an la 6 ani reţinerea şi nevărsarea, cu intenţie, în cel mult 30 de zile de la scadenţă, a sumelor reprezentând impozite sau contribuţii cu reţinere la sursă.*"

[22] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 672 din 27 iulie 2005.

[23] Curtea Constituțională a României, Decizia nr. 195 din 31 martie 2015, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 396 din 5 iunie 2015.

[24] „d) *este însoţit de o traducere legalizată, dacă actul nu este întocmit în limba română. În cazul actului autentic notarial, acesta trebuie să fie încheiat de un notar public în funcţie în România".*

Curtea a luat în considerare faptul că textul de lege criticat contravine obligației de a scuti supralegalizarea actelor care urmează să fie prezentate pe teritoriul României, obligație asumată de statul român prin Convenția cu privire la suprimarea cerinței supralegalizării actelor oficiale străine, adoptată la Haga la 5 octombrie 1961. Condiția prevăzută de textul de lege criticat conduce și la nerespectarea obligației asumate de România prin tratatele bilaterale privind asistența juridică în cauzele civile, prin care statul român s-a obligat să respecte valabilitatea pe teritoriul său a actelor care au fost întocmite sau certificate de un organ de stat sau de către o persoană oficială pe teritoriul celeilalte părți, fără vreo altă certificare.

Asigurarea conformității legislației notariale cu normele și valorile europene

Premisa de lucru este *renunțarea la condiția impusă candidaților la funcția de notar public de a avea numai cetățenia română.*

Prin prevederile art. 16 lit. a) din Legea notarilor publici și a activității notariale, de la vocația dobândirii calității de notar public, erau excluse persoanele, cetățeni români, care aveau și altă cetățenie. Se considera că norma realizează o discriminare între cele două categorii de cetățeni europeni, fără a exista o justificare obiectivă, motiv pentru care norma legală a fost criticată ca fiind neconstituțională.

Între momentul sesizării instanței de contencios constituțional, cu excepția de neconstituționalitate, și momentul soluționării acesteia, prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 166/2008[25], norma criticată a fost modificată, în sensul eliminării prevederii potrivit căreia pentru dobândirea calității de notar public pot candida numai acele persoane care au doar cetățenia română.

Sesizat fiind, cu existența unei fapte discriminatorii, prin refuzul primirii la concursul de notar public a unei persoane care avea o dublă cetățenie, Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării a constata existența unei forme de discriminare, în sensul prevederilor art. 1 alin. (2) lit. c) și i), art. 2 alin. (1) din O. G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și aprobările ulterioare[26].

Dacă la momentul ridicării excepției de neconstituționalitate, în fața instanței de judecată, norma apărea ca fiind neconstituțională, dat fiind faptul că aceasta a fost abrogată până la momentul deciziei instanței de control constituțional, decizia pronunțată a fost aceea de respingere a excepției de neconstituționalitate ca devenită inadmisibilă[27].

---

[25] O.U.G. nr. 166 din 19 noiembrie 2008 pentru modificarea art. 16 lit. a) din Legea notarilor publici și a activității notariale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 789 din 25 noiembrie 2008.

[26] CNCD, Hotărârea nr. 541/2008, publicată în www.cncd.org.ro din 17 septembrie 2008, sursa: www.cncd.org.ro

[27] Curtea Constituțională a României Decizia nr. 191 din 12 februarie 2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 160 din 16 martie din 2009.

Intervenția legislativă, constând în renunțarea la soluția restrictivă și discriminatorie, a evitat, pe de o parte, constatarea neconstituționalității normei criticate, pe de altă parte o eventuală constatare a acesteia în dezacord cu valorile europene. Aceasta deoarece, Directiva 2005/36/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 septembrie 2005 privind recunoașterea calificărilor profesionale, în considerentul (41) prevede că "nu aduce atingere aplicării articolului 39 alineatul (4) [CE] și a articolului 45 [CE], în special în ceea ce privește notarii".

Posibilitatea extinderii competențelor notarului public

Prin modificări succesive, competențele notarului public au fost extinse, transferându-se parte dintre atribuțiile altor autorități publice, având drept consecință directă valorificarea drepturilor și intereselor fundamentale prin proceduri neconflictuale, pe de o parte, degrevarea activității unora dintre autoritățile statului, pe de altă parte. Cu titlu exemplificativ, facem referire la procedura divorțului, dată și în competența notarului public prin prevederile art. 375 din noul Cod civil[28], cu modificările și completările ulterioare, prevederi potrivit cărora notarul public este abilitat, să constate **divorțul prin acordul soților** și să elibereze certificatul de divorț, inclusiv dacă există copii minori născuți din căsătorie, din afara ei sau adoptați.

Concluzii

Considerăm că, urmând exemplul altor legislații europene, redistribuirea competențelor, în sensul degrevării activității instanțelor de judecată cu privire la fapte de rezonanță socială redusă, neconflictuală, în cadrul autorităților aflate sub autoritatea Ministerului Justiției, spre exemplu și către registrul comerțului, poate fi soluția reducerii volumul de activitate al instanțelor de judecată, una dintre consecințe fiind și reducerea termenului de soluționare a cauzelor.

[28] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 511 din 24 iulie 2009; Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 505 din 15 iulie 2011.

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-4

Aspecte teoretice și practice în dreptul intern și internațional privind stabilirea domiciliului minorului

Theoretical and practical aspects in domestic and international law regarding the establishment of the minor's domicile

Nicoleta-Luiza Gache[1]

Rezumt: Problematica stabilirii domiciliului minorului, în contextul separării părinților, reprezintă un punct important de interes, atât în cadrul procedurilor interne, cât și în cadrul celor europene. Principiul interesului superior al minorului reprezintă, fără nicio îndoială, un punct de plecare în interpretarea normelor incidente în cauză. Aderarea României la Uniunea Europeană și libera circulație a persoanelor, pe lângă plusul de valoare pe care l-a adus, au creat în mod inevitabil și o serie de probleme relative la normele incidente în soluționarea procedurilor din dreptul familiei. Regulamentul (CE) nr. 2201/2003 al Consiliului a constituit un important punct de plecare în tranșarea prezentei problematici. Inevitabil evoluția socială și economică are o înrâurire asupra migrației forței de muncă care își pune amprenta și asupra stabilirii familiilor în state diferite celui de origine. Diferențele legislative sunt evidente și marchează eventualele crize, de cele mai multe ori una dintre părți fiind într-o vădită stare de vulnerabilitate. Prezentul studiu analizează instanța competentă să hotărască asupra stabilirii domiciliului minorului, în funcție de locul unde se află acesta la momentul promovării cererii de chemare în judecată, precum și posibilitatea declinării ulterioare a cauzei către o instanță străină, ca urmare a modificării domiciliului de fapt al minorului.

Cuvinte-cheie: domiciliul minorului; divorț; competența instanțelor; legea aplicabilă

Abstract: The issue of establishing the minor's domicile, in the context of parental separation, is an important point of interest, both in domestic and European procedures. The principle of the best interests of the child is without any doubt a starting point in the interpretation of the relevant rules in question. Romania's accession to the European Union and the free movement of the people, in addition to the added value it brought, inevitably created a series of problems related to the incidental norms in solving family law proceedings. Regulation (EC) no. Council Regulation (EC) No 2201/2003 was an important starting point in resolving this issue. Inevitably, social and economic developments have an impact on the migration of the workforce that makes its mark and on the establishment of families in states other than the one of origin. Legislative differences are obvious and mark possible crises, often one of the parties being in a state of obvious vulnerability. This

[1] Avocat în cadrul Baroului Iași, email: luizagache@yahoo.com

study analyzes the competent court to decide on the establishment of the minor's domicile, depending on where he is at the time of the appeal, as well as the possibility of further dismissing the case to a foreign court, following the change of the minor's actual domicile.

Keywords: minor's domicile; divorce; competent court; applicable law

Introducere

Libera circulație a persoanelor, element esențial al pieței interne, a creat avantaje semnificative cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene, măsurile în domeniul cooperării judiciare în materie civilă fiind un important plus de valoare în acest sens.

Adoptarea Regulamentului (CE) nr. 2201/2003[2] din 27 noiembrie 2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești, de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1347/2000 a avut drept scop crearea unui singur instrument juridic atât în materie de divorț cât și în materie de răspundere părintească.

Odată cu intrarea României în Uniunea Europeană s-a constat un adevărat exod al forței de muncă în state din Europa de Vest. Lucrătorii s-au deplasat în cele mai frecvente situații împreună cu familiile, stabilindu-se în statele membre, iar în cazurile în care din varii motive s-a pus problema divorțului, inevitabil s-au ridicat și o serie de întrebări referitoare la competența instanțelor de judecată, în special cu privire la cererile privind minorii[3].

Cele mai frecvente probleme întâlnite în practică sunt cele relative la situația în care unul dintre soți revine singur în România și formulează o cerere de divorț, exercitare autoritate părintească și stabilire domiciliu minori în fața instanței naționale, deși minorul își are domiciliul alături de celălalt părinte în străinătate. Instanțele au avut o perioadă de timp o jurisprudență neunitară, însă așa cum voi surprinde și în cele de mai jos, în ultimii ani jurisprudența s-a distilat, hotărârile adoptate în acest sens fiind destul de omogene.

Minorul face parte, în mod cert, dintr-o categorie de persoane vulnerabile în asemenea proceduri, pe de o parte având în vedere faptul că își exercită mare parte din drepturile și obligațiile sale prin intermediul adultului de care este atât de dependent, iar pe de altă parte având în vedere imposibilitatea sa de multe ori de a alege dintre cei doi părinți aflați deja într-o stare de tensiune. Deși legiuitorul a creionat o serie de prevederi care să îl protejeze: e.g. interzicerea efectuării de donații sau a garantării obligațiilor unui terț, de către tutore în numele minorului,

[2] Publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene 183, L 338/1, disponibil pe pagina de internet https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R2201&from=RO, accesat 10.05.2021.

[3] O.A. Urda, *Posibilitatea soluționării divorțului separat de cererile privind raporturile dintre părinți și copiii lor minori*, în Săptămâna juridică, Anul VIII, nr. 24, 13-19 iunie 2016, p. 7.

cu excepția darurilor obișnuite, potrivite cu starea materială a minorului[4], numirea unui curator special pentru dezbaterea succesiunii în situația existenței unor interese contrarii între minor și reprezentantul său legal[5], inserarea unor măsuri de protecție suplimentare care să îi protejeze de riscurile transmiterii datelor cu caracter personal[6], problematica stabilirii domiciliului este tributară liberului arbitru într-o măsură poate mult prea mare.

În cele ce urmează voi încerca să reliefez prin intermediul unor situații concrete, numeroasele probleme întâlnite în practică cu privire la stabilirea domiciliului minorului după separarea părinților.

Importanța ascultării minorului în stabilirea domiciliului

Dacă în dreptul intern, lucrurile sunt mult mai ușoare și clare, în practică prevalând în mod categoric dorința minorului în stabilirea domiciliului acestuia, în cazul minorului care poate fi audiat, posibilitățile materiale, cele locative venind pe un loc secundar, în dreptul internațional, lucrurile sunt diferite, apărând probleme atât cu privire la competența instanței de judecată, cât și cu privire la legea aplicabilă.

Astfel, cu privire la dorința minorului în stabilirea domiciliului acestuia la unul dintre părinți ulterior despărțirii în fapt, în dreptul intern, apreciez că, de cele mai multe ori nu este un lucru benefic pentru minor. În practică, sunt numeroase situații în care părintele la care nu se află minorul încearcă prin multiple mijloace să influențeze dorința acestuia, fiind mult mai permisiv, încercând să îl atragă prin achiziționarea de bunuri, ignorând nevoile reale și interesele copilului.

Investită cu soluționarea unei ordonanțe prezidențiale având ca obiect stabilirea domiciliului a doi minori până la finalizarea dosarului de divorț, instanța de judecată, în speță Judecătoria F., decide stabilirea domiciliului minorilor exclusiv raportându-se la dorința acestora. Minorii B.A. și B.D. se aflau de mai bine de 3 ani la mamă, reclamanta B.A., în Franța. Tatăl, pârâtul B.A. este cunoscut cu antecedente penale, fiind anterior condamnat penal pe teritoriul statului român, precum și reținut și cercetat în repetate rânduri în mai multe țări europene, precum și în Canada. Dat fiind faptul că avea interdicție de a intra în Franța, solicită reclamantei să îi facă o procură bunicii paterne pentru a lua copiii pentru 10 zile în vizită în România pentru a-și vedea tatăl. Odată ajunși în România, minorilor le

---

4 I. A. Toader, *The capacity of usage of the legal personality,* în Proceedings of the International Conference of Law, European Studies and International Relations, Editura Hamangiu, București, 2019.

5 L.G. Gavrilescu, *Drept civil. Persoanele*, Editura Universul Juridic, București, 2017, p. 155.

6 A se vedea: I. A. Toader, *Considerații privind prelucrarea datelor cu caracter personal*, în Uniformization of the law – legal effects and social, political, administrative impications: Iași, 23-25 octombrie 2014, București, Editura Hamangiu, 2014; p. 397; I. A. Toader, O. A. Urda, *Protecția datelor cu caracter personal (GDPR)*, în Ghid de lucru, Teorie, studii de caz, bune practici la nivel internațional și internațional din domeniul științelor juridice, coord. Tudorel Toader, Carmen Tamara Ungureanu, Olga Andreea Urda, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2020, p. 60.

este interzis orice acces cu mama lor, motiv pentru care aceasta, neavând o hotărâre judecătorească prin care să fie stabilit domiciliul minorilor şi exercitarea autorităţii judecătoreşti, înţelege să formuleze cererea de chemare în judecată având ca obiect divorţ, stabilire domiciliu minori şi exercitare autoritate părintească concomitent cu formularea unei cereri de ordonanţă preşedinţială având ca obiect stabilirea domiciliului minorilor până la finalizarea dosarului de divorţ, solicitând stabilirea domiciliului celor doi minori în Franţa, unde aceasta avea reşedinţa şi unde minorii locuiseră mai bine de trei ani. Pârâtul B.A. a formulat cerere reconvenţională prin care solicită stabilirea domiciliului minorilor la Focşani, unde acesta avea domiciliul. În cadrul procedurii ordonanţei preşedinţiale, care este o procedură urgentă ce se judecă în baza unor probe sumare, neadministrându-se probe complexe cum ar fi de exemplu o expertiză psihologică a minorilor[7], Judecătoria F., a decis stabilirea domiciliului minorilor la tată exclusiv în baza dorinţei celor doi minori de a locui cu tatăl. Astfel, minorii, odată ajunşi la tată, au cunoscut un evident regres motivat de faptul că tatăl nu a înţeles să le respecte programul de şcoală, înscriindu-i la cursuri de tip seral, unde învăţau doar în week-end, petrecând excesiv de mult timp pe reţele de socializare, pe telefon şi tabletă, spre deosebire de situaţia minorilor cât erau la mamă, unde aveau cursuri zilnice, pregătire la limba franceză, aveau un program ordonat care includea teme, restricţii la accesul pe tabletă şi telefon.

Regula reşedinţei obişnuite a minorului

Plecând de la speţa anterior prezentată, pe lângă problema stabilirii domiciliului minorului raportată exclusiv la dorinţa acestuia, observăm şi o altă problemă, respectiv necunoaşterea normelor de către justiţiabili care, poate avea efecte devastatoare în stabilirea domiciliului minorului. Astfel, în contextul în care reclamanta ar fi cunoscut faptul că, în lipsa unei hotărâri judecătoreşti care să stabilească domiciliul minorilor şi exercitarea autorităţii părinteşti, îi va fi aproape imposibil să îşi mai aducă copiii înapoi în Franţa, cu siguranţă nu ar mai fi permis ca aceştia să plece de lângă ea.

În atare condiţii, atunci când nu există o cerere de divorţ pe rolul instanţelor judecătoreşti dintr-un stat membru, competenţa instanţelor judecătoreşti în soluţionarea cererilor care au obiect orice problemă privind autoritatea părintească, precum şi stabilirea domiciliului minorului, aşa cum acestea sunt enumerate în art. 1 alin. 2 din Regulamentul (CE) nr. 2201/2003, se stabileşte prin aplicarea normei de competenţă generală bazată pe reşedinţa obişnuită a copilului pe teritoriul unui stat membru, în momentul în care a fost sesizată instanţa (art. 8). Întorcându-mă la speţa anterior prezentată, reclamanta

[7] C.M.C. Ignătescu, *Consideraţii referitoare la ordonanţa preşedinţială în aplicarea domeniului raporturilor de familie,* în Revista Universul Juridic, nr. 11/2020, p.9, disponibil în format electronic pe pagina de internet http://revista.universuljuridic.ro/wp-content/uploads/2021/01/01_-Revista_Universul_Juridic_nr_11-2020_PAGINAT_BT_C_Ignatescu.pdf, accesat 10.05.2021.

B.A., imediat după ce a realizat că pârâtul nu mai înțelege să aducă copiii înapoi în Franța, a înțeles introducă la autoritățile franceze o plângere pentru răpirea minorilor, precum și o acțiune de stabilire a domiciliului minorilor în Franța, plângere și acțiune care nu au avut niciun rezultat atâta timp cât, pe de o parte reclamanta nu avea nicio hotărâre judecătorească care să stabilească exercitarea autorității părintești, precum și stabilirea domiciliului minorilor, iar, pe de altă parte, la momentul formulării acțiunii cu privire la stabilirea domiciliului minorilor, aceștia nu se mai aflau pe teritoriul Franței.

Prin urmare, reședința copilului corespunde cu locul care reflectă un anumit grad de integrare a copilului într-un mediu familial și social, instanței naționale revenindu-i misiunea de a stabili unde se află această reședință obișnuită a copilului, ținând cont de toate circumstanțele specifice speței.

Regula reședinței obișnuite a copilului este întărită și de dispozițiile art. 10, care reglementează competența în cazul deplasării ori reținerii ilicite a unui copil, în sensul că instanțele din statul membru în care copilul își are reședința obișnuită, imediat înainte de răpirea transfrontalieră, își păstrează competența până când copilul dobândește o reședință obișnuită într-un alt stat membru și au fost îndeplinite anumite condiții suplimentare, și anume: „orice persoană, instituție sau alt organism căreia i-a fost încredințat copilul consimte la deplasarea sau reținerea acestuia sau copilul a locuit în acest stat membru o perioadă de cel puțin un an după ce persoana, instituția sau orice alt organism căruia i s-a încredințat copilul a avut sau ar fi trebuit să aibă cunoștință de locul în care se află copilul, până când copilul s-a integrat în noul său mediu și până când a fost îndeplinită cel puțin una din următoarele condiții: în termen de un an de când cel căruia i s-a încredințat copilul a avut sau trebuia să aibă cunoștință de locul în care se afla copilul, nu a depus nicio cerere de înapoiere la autoritățile competente ale statului membru în care copilul a fost deplasat sau reținut; a fost retrasă o cerere de înapoiere a copilului depusă de cel căruia i s-a încredințat copilul și nu s-a depus nicio altă nouă cerere în termen de un an prevăzut anterior; cauza soluționată de o instanță din statul membru în care copilul își avea reședința obișnuită imediat înaintea deplasării sau reținerii sale ilicite a fost închisă în condițiile art. 11 alin. (7); hotărârea de încredințare care nu implică înapoierea copilului a fost pronunțată de instanța judecătorească din statul membru în care copilul își avea reședința obișnuită imediat înaintea deplasării sau reținerii sale ilicite”.

Un alt set de norme aplicabile la stabilirea competenței instanțelor judecătorești dintr-un stat membru în soluționarea cererilor care au ca obiect problema exercitării autorității părintești și a stabilirii domiciliului minorilor sunt normele privind prorogarea de competență prin care se favorizează o soluție consensuală (art. 12 alin. 3). Articolul 10 lit. b) pct. 4 din Regulament a fost interpretat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza C211/2010 PPU,

Povse[8], în sensul că o măsură provizorie nu constituie o „hotărâre de încredinţare care nu implică înapoierea copilului", în înţelesul acestei dispoziţii, şi nu poate constitui temeiul pentru un transfer de competenţă către instanţele din statul membru unde a fost deplasat ilicit copilul[9].

Regula generală este că locuinţa minorului este la părinţii săi. În situaţiile în care părinţii locuiesc separat, locuinţa copilului este acolo unde acesta are reşedinţa statornică, adică acolo unde petrece cel mai mult timp din an. În cazul în care părinţii nu se înţeleg, instanţa de judecată este cea care vine să decidă la care dintre părinţi urmează a fi stabilit domiciliul minorului[10].

O altă problemă frecvent întâlnită în practică cu privire la stabilirea domiciliului minorului apare în situaţia divorţului dintre un cetăţean străin şi un cetăţean roman sau între doi cetăţeni români care sunt stabiliţi în străinătate, minorul fiind luat de către unul dintre părinţi, în acest caz devenind aplicabil Regulamentul nr. 2201/2003. Cu toate acestea, Regulamentul nu stabileşte care lege naţională ar trebui să fie aplicată de instanţe. În unele cazuri, instanţele unui stat membru trebuie să aplice legile unui alt stat, prin Regulament stabilindu-se: competenţa exclusivă de fond în materia răspunderii părinteşti; prorogarea de competenţă în materia răspunderii părinteşti; competenţa bazată pe prezenţa copilului; competenţa reziduală în materia divorţului şi răspunderii părinteşti; măsuri provizorii şi asiguratorii etc.

Tot în cadrul Regulamentului, regăsim prevăzute şi excepţiile de litispendenţă şi conexitate, atât pentru divorţ, cât şi pentru răspunderea părintească. Astfel, art. 19 stabileşte că *„În cazul în care se introduc cereri de divorţ, de separare de corp sau de anulare a căsătoriei între aceleaşi părţi în faţa unor instanţe judecătoreşti din state membre diferite, instanţa sesizată în al doilea rând suspendă din oficiu procedura până când se stabileşte competenţa primei instanţe sesizate. În cazul în care se stabileşte competenţa primei instanţe sesizate, instanţa sesizată în al doilea rând îşi declină competenţa în favoarea acesteia. În acest caz, partea care a introdus acţiunea la instanţa sesizată în al doilea rând poate intenta respectiva acţiune la prima instanţă sesizată".*

Referitor la excepţia litispendenţei şi conexităţii, aduc în atenţie următoarea speţă. Reclamanta M.I. introduce cerere de divorţ şi exercitare autoritate părintească şi stabilire domiciliu minor la Tribunalul din Cuneo, Italia împotriva numitului M.S.. La patru luni de la introducerea acestei cereri, pârâtul

---

8 Curtea de Justiţie a Uniunii Europene - Cauza C-211/10 PPU, disponibilă pe pagina de internet https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-211/10, accesat 10.05.2021.

9 G. Lupşan, *Ghid de drept internaţional privat în materia dreptului familiei: Desfacerea căsătoriei - Autoritatea părintească - Obligaţia de întreţinere - Ordinul civil de protecţie - Regimul matrimonial*, Editura Magic Print, Oneşti, 2014 disponibil în format electronic pe pagina de internet http://old.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=%2Fc%2FxcmTrN7Y%3D&tabid=2980, accesat 10.05.2021.

10 C.T. Ungureanu, I. A. Toader, *Drept civil. Partea generală. Persoanele,* ed. a 4-a, revizuită şi adăugită, Editura Hamangiu, 2019, p. 451.

M.S., având de această dată calitatea de reclamant, introduce cerere de divorţ pe rolul Judecătoriei Iaşi. Prin întâmpinarea depusă la dosarul aflat pe rolul Judecătoriei Iaşi, pârâta M.I. invocă atât excepţia litispendenţei, cât şi cea a necompetenţei generale a instanţelor române, excepţii admise de către Judecătoria Iaşi. Pentru a dispune astfel, instanţa a avut în vedere faptul că pe rolul Tribunalului din Cuneo, Italia este înregistrată acţiunea de divorţ, aceasta aflându-se deja la al treilea termen de judecată. Având în vedere acest aspect, instanţa română a constatat că instanţa italiană s-a considerat competentă să judece cererea de divorţ cu care a fost investită, dat fiind faptul că părţile de mai bine de 10 ani au locuit în Cuneo, Italia, acesta fiind ultimul domiciliu comun, precum şi reşedinţa obişnuită a minorilor.

În vreme ce legislaţia română a îmbrăţişat modelul locuinţei unice a minorului, adică stabilirea domiciliului la unul dintre părinţi, minorul păstrând legături firești cu celălalt părinte, există numeroase state, precum Belgia, Franţa, Suedia, Canada unde locuinţa alternantă este regula în stabilirea domiciliului minorului, copilul locuind perioade aproximativ egale de timp cu fiecare dintre cei doi părinţi.

În cazuri excepţionale, locuinţa minorului poate fi stabilită la o altă persoană decât părinţii acestuia. Cele mai frecvente situaţii întâlnite în practică sunt cele în care locuinţa minorului este stabilită la o rudă apropiată a acestuia. În acest sens interesantă este analiza acestei problematici şi din prisma dispoziţiilor relative la consiliul de familie, ca soluţie oferită de către legiuitor în supravegherea modului în care interesele minorului sunt respectate[11].

Cu privire la stabilirea domiciliului minorului la alte persoane decât părinţii, ilustrativă în acest sens este o cauză aflată pe rolul Judecătoriei Iaşi, în care instanţa a fost investită să judece cererea formulată de reclamanţii C.L. şi C.A., unchiul şi mătuşa minorei O.M., în contradictoriu cu pârâţii O.C. şi I.C., părinţii minorei, cerere ce viza stabilirea domiciliului minorei la reclamanţi, în Paris, Franţa, cerere ce a fost admisă. Pentru a decide astfel, instanţa de judecată a avut în vedere faptul că minora O.M., în vârstă de 12 ani, a rămas încă de la frageda vârstă de 2 ani în grija bunicii materne şi a mătuşii şi unchiului materni, părinţii acesteia divorţând, tatăl plecând în Germania, mama în Italia, unde fiecare dintre ei şi-au refăcut viaţa, recăsătorindu-se şi având alţi copii. Reclamanţii au avut grijă de minoră în mod constant, fiind practic ca o fiică pentru ei, respectiv ca o soră pentru fiica acestora, fiind nevoiţi să promoveze această cerere de stabilire a domiciliului minorei şi exercitare a autorităţii părinteşti în momentul în care au plecat din ţară cu serviciul, neputând lua şi minora cu ei. Pe parcursul judecării pricinii, au fost întâlnite şi unele aspecte procedurale cu privire la competenţa instanţei de judecată. Astfel, ulterior promovării acţiunii, cu acordul părinţilor minorei, dat fiind că bunica maternă se îmbolnăveşte, nemaiputându-se ocupa de

[11] I.A. Toader, *Protection of the natural individual trough civil right norms*, în Romanian Law Tradition and European Vocation, 6th Edition, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2018, pp. 459-460.

minoră, aceasta pleacă în Franța la unchiul și mătușa sa, aceștia făcând demersuri în vederea înscrierii acesteia la școală, obținerii unui număr social care să îi permită accesul la tratamente medicale. Pe acest fond, judecătorul, în temeiul dispozițiilor art. 15 din Regulament înțelege să se adreseze instanței de judecată mai bine poziționată raportat la noul domiciliu al minorei, respectiv Tribunalul Paris, pentru a întreba dacă este dispus să preia judecarea pricinii, în contextul în care minora se află în Paris, putând fi audiată, ancheta socială urmând a fi efectuată tot acolo. În acest context, reclamanții arată că potrivit aceluiași art. 15 din Regulament, instanța inițial sesizată se poate adresa cu o asemenea cerere instanței mai bine poziționate doar în măsura în care una dintre părți își exprimă acordul în acest sens. Ori, în speță, niciuna din părți nu a dorit acest lucru motivat, pe de o parte, de costurile uriașe pe care le-ar genera un astfel de proces în Franța, iar, pe de altă parte, de cunoașterea legii naționale, părților fiindu-le extrem de util de a avea controlul asupra desfășurării procedurii atunci când legea le este familiar, alegerea instanței competente fiind extrem de important din acest punct de vedere.

Concluzii

Fără pretenția de a epuiza o problematică atât de vastă, din jurisprudența analizată se poate cu ușurință desprinde concluzia că *de lege ferenda* se impune adoptarea unor norme mai clare cu privire la stabilirea domiciliului minorului, norme care să protejeze mai bine interesele minorului. Posibilitatea copilului de a locui alternativ cu părinții săi ar reprezenta o abordare echilibrată și care ar răspunde mai bine atât nevoilor minorului cât și a standardelor europene în materie, sens în care reamintim și Recomandările Comisiei pentru dreptul european al familiei privind legislația familiei, referitoare la Principiile privind responsabilitățile părintești. În acest sens, Principiul 3:20 statuează faptul că „în cazul în care autoritatea părintească este exercitată în comun, titularii acesteia, dacă locuiesc separat ar trebui să se pună de acord cu privire la persoana cu care va locui copilul. Copilul poate locui în mod alternativ cu titularii autorității părintești, fie ca urmare a unui acord aprobat de autoritatea competentă, fie a unei decizii luate de aceasta din urmă. Autoritatea competentă trebuie să aibă în vedere următorii factori: vârsta și opinia copilului; capacitatea și dorința titularilor responsabilităților parentale de a colabora unul cu celălalt cu privire la aspectele legate de copil, precum și situația lor personală; distanța dintre locuințele titularilor autorității parentale și școala pe care o frecventează copilul”[12].

Referințe

Gavrilescu L.G., *Drept civil. Persoanele*, Editura Universul Juridic, București, 2017

[12] Comisiei pentru dreptul european al familiei, Principiile privind responsabilitățile părintești, http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-French.pdf, accesat 11.05.2021.

Ignătescu C.M.C., *Consideraţii referitoare la ordonanţa preşedinţială în aplicarea domeniului raporturilor de familie,* în Revista Universul Juridic, nr. 11/2020, p. 9-19

Lupşan G., *Ghid de drept internaţional privat în materia dreptului familiei: Desfacerea căsătoriei - Autoritatea părintească - Obligaţia de întreţinere - Ordinul civil de protecţie - Regimul matrimonial*, Editura Magic Print, Oneşti, 2014

Toader I.A., *Protection of the natural individual trough civil right norms*, în Romanian Law Tradition and European Vocation, 6th Edition, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2018, pp. 459-460

Toader I. A., *Consideraţii privind prelucrarea datelor cu caracter personal*, în Uniformization of the law – legal effects and social, political, administrative impications: Iași, 23-25 octombrie 2014, Bucureşti, Editura Hamangiu, 2014

Toader I. A., Urda O. A., *Protecţia datelor cu caracter personal (GDPR)*, în Ghid de lucru, Teorie, studii de caz, bune practici la nivel internațional și internațional din domeniul științelor juridice, coord. Tudorel Toader, Carmen Tamara Ungureanu, Olga Andreea Urda, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza", Iași, 2020

Toader I. A., *The capacity of usage of the legal personality,* în Proceedings of the International Conference of Law, European Studies and International Relations, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2019.

Ungureanu C.T., Toader I. A., *Drept civil. Partea generală. Persoanele,* Ediția a 4-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, 2019.

Urda O.A., *Posibilitatea soluţionării divorţului separat de cererile privind raporturile dintre părinţi şi copiii lor minori,* în Săptămâna juridică, Anul VIII, nr. 24, 13-19 iunie 2016

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-5

Factura – de la instrument de probă a unui act juridic la obiect material al acestuia

Invoice – from a instrument of proof of a legal act to its material object

Marius Brănici[1]

Rezumat: Prezenta lucrare urmăreşte să valorifice, atât din perspectiva dreptului fiscal cât şi în planul relaţiilor sociale de drept civil, elementele ce individualizează cel mai utilizat document financiar-contabil: factura. Asupra naturii sale juridice, a valorii probatorii şi a efectelor juridice pe care le generează în registrul fiscal şi subsecvent, în cadrul mecanismelor contractuale dintre profesionişti, ne vom concentra atenţia, prin observarea reglementărilor legale şi a interpretării acestora oferite de practica judiciară internă şi unională. Ajungând de la factura ca mijloc de probă a unui act juridic, la factura privită ea însăşi ca obiect material al unui act juridic, vom studia reperele de bază ce particularizează platformele electronice de finanţare a facturilor.

Cuvinte-cheie: factură; platforme de comercializare a facturilor; finanţare alternativă

Abstract: This work aims to capitalize the elements individualizing the most used financial and accounting document, the invoice, both from the perspective of the tax law and in terms of social relations under civil law. We will focus on its legal nature, on its evidential value and on the legal effects it generates in the tax and sub-section register, within the contractual mechanisms between the professionals, by observing their legal regulations and their interpretation offered by the internal land union judicial practice. From the invoice as a means of proof of a legal act, to the invoice seen as a material object of a legal act, we will study the basic landmarks customizing the electronic platforms for financing the invoices.

Keywords: invoice; invoice trading platforms; alternative finance

1. Ce înţelegem prin factură?

Art. 319 C. fisc. defineşte factura ca fiind *documentul sau mesajul pe suport de hârtie ori în format electronic, dacă aceasta îndeplineşte condiţiile stabilite în prezentul articol.* Suma condiţiilor minime pentru ca acest document sau mesaj să producă efecte este reglementată prin dispoziţiile art. 319 alin.20 C.fisc., care distinge trei nivele de conţinut. Raportat la acestea, vom realiza că îndeosebi conţinutul facturii este definitoriu pentru ceea ce înţelegem prin noţiunea de factură.

[1] Doctorand, Facultatea de Drept din cadrul Universităţii „Alexandru Ioan Cuza" din Iaşi, avocat în cadrul Baroului Iaşi, e-mail: office@mariusbranici.ro

La un prim nivel, textul legal trasează elemente de individualizare a înscrisului[2], într-o manieră riguroasă, ce denotă o importantă funcţie în materia controlului fiscal: trasabilitatea, în sensul că o operaţiune impozabilă este identificabilă atât la furnizor, cât şi la client, prin unicitatea facturii.[3]

Cel de-al doilea nivel de conţinut priveşte aspecte ce ţin de contractul care a generat operaţiunea de emitere a facturii. Art. 319 alin. (20) C. fisc. reglementează aşadar, în continuare, aceste elemente[4], care cuprind informaţii privind data executării contractului[5], privind părţile contractului[6], obiectul contractului- în sensul de obiect executat[7], pe de o parte, şi de contraprestaţie, pe de altă parte[8]-, cota de TVA[9].

Cel de-al treilea nivel de conţinut particularizează conţinutul facturii în funcţie de caracteristicile proprii unei anumite ipoteze de lucru: autofacturarea[10], aplicarea unei scutiri[11], aplicarea taxei de către "client" şi nu de către furnizor la

---

2 Art 319 alin. 20 reglementează la lit. a): numărul de ordine, în baza uneia sau a mai multor serii, care identifică factura în mod unic, iar la litera b) data emiterii facturii.

3 I.M. Costea, *Factura între original, duplicat şi dematerializare*, Analele Ştiinţifice ale Universităţii „Alexandru Ioan Cuza" Iaşi. Seria Ştiinţe Juridice, Tomul LXIII, 2017, nr. II, p. 42.

4 *Idem.* p. 43.

5 Art. 319 alin. 20 reglementează la lit. c): data la care au fost livrate bunurile/prestate serviciile sau data încasării unui avans, în măsura în care această dată este anterioară datei emiterii facturii.

6 Art. 319 alin. 20 lit. d): denumirea/numele, adresa şi codul de înregistrare în scopuri de TVA sau, după caz, codul de identificare fiscală ale persoanei impozabile care a livrat bunurile sau a prestat serviciile; f) denumirea/numele şi adresa beneficiarului bunurilor sau serviciilor, precum şi codul de înregistrare în scopuri de TVA sau codul de identificare fiscală al beneficiarului, dacă acesta este o persoană impozabilă ori o persoană juridică neimpozabilă.

7 Art. 319 alin. 20 lit. h): denumirea şi cantitatea bunurilor livrate, denumirea serviciilor prestate, precum şi particularităţile prevăzute la art. 266 alin. (3) în definirea bunurilor, în cazul livrării intracomunitare de mijloace de transport noi.

8 Art. 319 alin. 20 lit. i): baza de impozitare a bunurilor şi serviciilor ori, după caz, avansurile facturate, pentru fiecare cotă, scutire sau operaţiune netaxabilă, preţul unitar, exclusiv taxa, precum şi rabaturile, remizele, risturnele şi alte reduceri de preţ, în cazul în care acestea nu sunt incluse în preţul unitar.

9 Art. 319 alin. 20 lit. j): indicarea cotei de taxă aplicate şi a sumei taxei colectate, exprimate în lei, în funcţie de cotele taxei.

10 Art. 319 alin. 20 lit. k: în cazul în care factura este emisă de beneficiar în numele şi în contul furnizorului, menţiunea „autofactură".

11 Art. 319 alin. 20 lit. l): în cazul în care este aplicabilă o scutire de taxă, trimiterea la dispoziţiile aplicabile din prezentul titlu ori din Directiva 112 sau orice altă menţiune din care să rezulte că livrarea de bunuri ori prestarea de servicii face obiectul unei scutiri.

taxarea inversă[12], aplicarea unui regim de taxare special[13], aplicarea mecanismului derogatoriu de "TVA la încasare", care afectează exigibilitatea TVA[14], mențiuni privind documente în legătură cu factura pentru operațiunile fragmentate[15].

Din perspectiva funcțiilor ce răspund scopului reglementărilor privind factura fiscală, trebuie menționat că funcția primară a facturii este aceea de a evidenția taxa pe valoarea adăugată, în două dimensiuni[16]: pe de o parte, factura indică cuantumul efectiv al taxei colectate (pentru furnizor) ori al taxei deductibile (client), inclusiv lipsa acesteia și temeiul legal al lipsei; pe de altă parte, factura cuprinde și elementele probatorii relevante pentru condiția de fond a deductibilității (părțile, obiect, trasabilitate prin număr și dată etc.).

2. Factura – condiție de formă și reper principal al elementelor de probă pentru condiția de fond a deductibilității TVA

Dacă în mod obișnuit, primirea unei facturi nu face parte din categoria motivelor de satisfacție, situația se schimbă în cazul TVA-ului, întrucât, în acest caz, o factură îi conferă destinatarului său, în anumite împrejurări, dreptul de a solicita autorității fiscale restituirea TVA-ului indicat pe factură (așa-numita „deducere a taxei achitate în amonte"). Însă doar o factură întocmită conform dispozițiilor legale conferă dreptul de deducere a taxei achitate în amonte, sens în care atît legislația internă cât și legislația Uniunii în materie de TVA prevăd că factura trebuie să cuprindă o serie de informații minime.

Conform dispozițiilor art. 299 alin.1 lit. a) din Codul Fiscale, pentru exercitarea dreptului de deducere a taxei, prima dintre din condițiile pe care persoana impozabilă trebuie să o îndeplinească este aceea de a deține o factură emisă în conformitate cu prevederile art. 319 Cod fiscal, text despre care am făcut vorbire în secțiunea anterioară. Evaluarea deductibilității taxei provenind dintr-o anumită operațiune depinde, așadar, în mare măsură, de conținutul facturii emise. Însă interpretarea elementelor obligatorii prevăzute de textul de lege este cea care a cunoscut o evoluție importantă în jurisprudența internă.

Reperul jurisprudențial care a tranșat disputa unui lung șir de soluții contradictorii este Decizia nr. 5/2007 a ÎCCJ, pronunțată în interesul legii, prin care

---

12 Art. 319 alin. 20 lit. m): în cazul în care clientul este persoana obligată la plata TVA, mențiunea „taxare inversă".

13 Art. 319 alin. 20 lit. n): în cazul în care se aplică regimul special pentru agențiile de turism, mențiunea „regimul marjei - agenții de turism"; o) dacă se aplică unul dintre regimurile speciale pentru bunuri second-hand, opere de artă, obiecte de colecție și antichități, una dintre mențiunile „regimul marjei -bunuri second-hand", „regimul marjei - opere de artă" sau „regimul marjei - obiecte de colecție și antichități", după caz.

14 Art. 319 alin. 20 lit. p): în cazul în care exigibilitatea TVA intervine la data încasării contravalorii integrale sau parțiale a livrării de bunuri ori a prestării de servicii, mențiunea „TVA la încasare".

15 Art. 319 alin. 20 lit. r): o referire la alte facturi sau documente emise anterior, atunci când se emit mai multe facturi ori documente pentru aceeași operațiune.

16 I.M. Costea, *op. cit.*, p. 46.

Înalta Curte a statuat că *taxa pe valoarea adăugată nu poate fi dedusă si nici nu se poate diminua baza impozabilă la stabilirea impozitului pe profit în situaţia în care documentele justificative prezentate nu conţin sau nu furnizează toate informaţiile prevăzute de dispoziţiile legale în vigoare la data efectuării operaţiunii pentru care se solicită deducerea TVA (...). Stabilirea bazei de impunere prin deducerea cheltuielilor efectuate în scopul realizării de venituri impozabile şi exercitarea dreptului de deducere a taxei pe valoarea adăugată sunt condiţionate de realitatea datelor înscrise în factură, în detrimentul operatorilor economici beneficiari de bunuri şi servicii ce pretind că nu pot fi făcuţi răspunzători pentru o fapt culpabilă săvârşită de altă persoană juridică pentru că s-ar încălca principiul bunei-credinţe în relaţiile comerciale.*

Prin aceasta decizie, Înalta Curte înlătura practica instanțelor care apreciau că eroarea în care se află operatorii economici beneficiari are un caracter obiectiv și că nu le-ar putea fi imputată neobservarea formei facturilor sau a altor documente emise de furnizorii de bunuri sau de prestatorii de servicii și nici situația juridică a acestora din momentul întocmirii documentelor justificative[17].

Spre exemplu, într-o decizie de speță, instanța a reținut că o societate a dedus cheltuieli și TVA pe baza unor facturi care nu întruneau condițiile prevăzute de lege pentru a fi considerate documente justificative, întrucât firmele care le-au emis fie nu existau sau erau inactive, fie au consemnat codul fiscal al altor societăți. Prin urmare, cerința privind denumirea/numele, adresa și codul de înregistrare în scopuri de TVA sau, după caz, codul de identificare fiscală ale persoanei impozabile care a livrat bunurile sau a prestat serviciile[18], nu se rezumă la aspectul formal al facturii, ci la realitatea datelor înscrise în aceasta[19]. Verificând aptitudinea facturilor de a conduce la deducerea taxei pe valoarea adăugată sau diminuarea bazei de impozitare prin raportare la decizia nr. 5/2007 a ÎCCJ, instanța a constatat că acestea nu corespund exigențelor legii pentru ca societatea să poată beneficia de deducerea TVA.

Decizia nr. 5/2007 a ÎCCJ a ridicat la nivel de principiu faptul că stabilirea bazei de impunere prin deducerea cheltuielilor efectuate în scopul realizării de venituri impozabile și exercitarea dreptului de deducere a taxei pe valoarea adăugată sunt condiționate de realitatea datelor înscrise în factură. Acest reper de jurisprudență internă, care absolutiza necesitatea integralității și realității conținutului legal al elementelor de probă pentru exercitarea dreptului de deducere a TVA, a cunoscut o evoluție în practica judiciară actuală, care interpretează aceste elemente în mod nuanțat, în funcție de circumstanțele concrete ale fiecărui caz în parte.

---

17 C. GROSU, *Contestaţie act administrativ-fiscal. Refuzul deducerii TVA pe bază de facturi emise de furnizori inactivi*, Revista Romana de Jurisprudenta nr. 3/2013.

18 prevăzută la art. 319 alin. 20 lit. d).

19 Curtea de Apel Suceava, secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 4967 din 28 septembrie 2012, citată de C. GROSU, *op. cit.*

Spre exemplu, într-o speță[20], instanța de judecată a statuat că realitatea unor operațiuni nu trebuie contestată de organele financiare atunci când în factura fiscală s-a omis completarea unor rubrici nesemnificative, cum ar fi neindicarea contului bancar și a băncii furnizorului, care pot fi multiple și în continuă schimbare, sau a codului fiscal ori a sediului cumpărătorului.

Cea mai recentă marcă a evoluției practicii instanțelor de contencios administrativ în materie de interpretare a raportului dintre conținutul facturilor fiscale și realitatea operațiunilor pentru care reclamanta pretinde dreptul de deducere, o constituie decizia nr. 2718/23 mai 2019 pronunțată de Înalta Curte de Casație si Justiție [21].

Instanța a apreciat în această speță că omisiuni de formă în privința unor facturi, cum ar fi adresa incompletă a cumpărătorului, lipsa datei livrării, pretinsa neconcordanță între cantitatea de cereale înscrisă pe unele facturi și capacitatea de transport a mijloacelor de transport, pretinsa necorelare a facturilor cu documentele ce însoțesc transportul efectuat, pe ruta furnizor-beneficiar, respectiv cu avizele de însoțire a mărfurilor pe timpul transportului, precum și cu documentele de transport, din care să reiasă numărul de înmatriculare al mijlocului de transport auto și ruta parcursă, nu sunt de natură să acrediteze concluzia că facturile de care se prevalează reclamanta pentru exercițiul dreptului de deducere, nu ar conține elementele obligatorii prevăzute de lege. Instanța continuă raționamentul astfel:

În orice caz, aceste critici sunt generale, fără o trimitere la o situaţie concretă în care să se releve pretinsa neconcordanţă şi fără a se putea afirma că aceste pretinse erori de corespondenţă între actele justificative ale societăţii reclamante, vizează întreaga activitate controlată a acesteia. Eventualul dubiu privind realitatea operaţiunilor supuse taxării care ar putea fi indus prin reţinerea acestor critici ca veridice, nu duce la concluzia fictivităţii acestor operaţiuni, care trebuie caracterizată prin certitudine, astfel că nu se justifică din această perspectivă refuzul global al organelor fiscale de recunoaştere a dreptului de deducere a TVA-ului de către reclamantă.

Organul fiscal nu poate impune în general persoanei impozabile care doreşte să exercite dreptul de deducere a TVA ului, să verifice că emitentul facturii aferente bunurilor şi serviciilor pentru care se solicită exercitarea acestui drept îşi îndeplineşte, la rândul său, obligaţiile fiscale, pretinzând în acest sens să se facă dovada că întreg lanţul comercial îşi îndeplineşte obligaţiile fiscale. Această condiţie vizează atitudinea personală a contribuabilului care-şi exercită dreptul de deducere, verificabilă prin elemente obiective, şi presupune ca bunurile sau serviciile să fie achiziţionate în scopul operaţiunilor sale taxabile, supuse taxei, condiţia fiind îndeplinită indiferent dacă

[20] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţia de contencios administrativ, decizia nr. 2971 din 10 octombrie 2001.

[21] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţia de contencios administrativ, decizia nr. 2718/23 mai 2019, http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=155742.

furnizorii din amonte sau beneficiarii din aval şi-au îndeplinit obligaţiile fiscale sau nu prin plata taxei datorate la bugetul statului.

O astfel de abordare interpretativă ar duce la situații absurde, întrucât dispoziţiile legale referitoare la exercitarea dreptului de deducere ar rămâne literă moartă, iar dreptul consacrat ar deveni iluzoriu, prin impunerea unei adevărate probatio diabolica pentru justificarea acestui drept.

Apreciem că reconfigurarea practicii judiciare interne privind evaluarea conținutului documentelor justificative se datorează în mare măsură reperelor de jurisprudență CJUE în interpretarea textului sursă, reprezentat de art. 226 din Directiva 2006/112/CE, repere la care vom face și noi referire în continuare.

Trebuie menționat în prealabil că textul articolului 178 litera (a) din Directiva 2006/112 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată prevede că exercitarea dreptului de deducere a TVA este condiționată de deținerea unei facturi întocmite în conformitate cu articolul 226 din directiva menționată, care enumeră elementele pe care trebuie să le conțină o factură[22].

Interpretând teleologic articolul 226 din Directiva TVA, Curtea de Justiție a concluzionat că obiectivul detaliilor care trebuie menționate în mod obligatoriu pe o factură este acela de a permite administrațiilor fiscale să controleze plata taxei datorate și, eventual, existența dreptului de deducere a TVA-ului[23].

Curtea a statuat, în această privință, că deținerea unei facturi care conține detaliile prevăzute la articolul 226 din această directivă constituie o condiție de formă a dreptului de deducere a TVA-ului.[24] Această constatare este premiza reperului jurisprudențial conturat de CJUE atunci când a statuat că deducerea TVA-ului aferent intrărilor trebuie să fie acordată dacă sunt îndeplinite condițiile de fond, chiar dacă anumite condiții de formă nu au fost respectate de persoanele impozabile[25].

În același sens, administrația fiscală nu poate refuza dreptul de deducere a TVA-ului pentru simplul motiv că o factură nu îndeplinește condițiile impuse de articolul 226[26] din Directiva 2006/112, în cazul în care dispune de toate informațiile pentru a verifica îndeplinirea condițiilor de fond referitoare la acest drept.[27]

---

22 CJUE, C-280/10, Kopalnia Odkrywkowa Polski Trawertyn P. Granatowicz, M. Wąsiewicz, EU:C:2012:107, punctul 41, și CJUE, C-277/14 PPUH Stehcemp, EU:C:2015:719, punctul 29.

23 CJUE, C-374/16 și C-375/16, Rochus Geissel împotriva Finanzamt Neuss și Finanzamt Bergisch Gladbach împotriva Igor Butin, ECLI:EU:C:2017:867, p. 41.

24 CJUE, C-374/16 și C-375/16, Rochus Geissel împotriva Finanzamt Neuss și Finanzamt Bergisch Gladbach împotriva Igor Butin, ECLI:EU:C:2017:867, p. 40.

25 CJUE, C-518/14, Senatex, , EU:C:2016:691, punctul 38.

26 În speță este vorba despre art. 226 punctele 6 și 7, CJUE, C-516/14, Barlis 06 – Investimentos Imobiliários e Turísticos SA împotriva Autoridade Tributária e Aduaneira, ECLI:EU:C:2016:690, p. 43.

27 CJUE, C-516/14, Barlis 06 – Investimentos Imobiliários e Turísticos SA împotriva Autoridade Tributária e Aduaneira, ECLI:EU:C:2016:690, p. 43.

Analiza cadrului juridic în vigoare la nivelul UE se sprijină aşadar pe o jurisprudenţă îndelungată care a consacrat faptul că Directiva 2006/112/CE privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată se opune reglementărilor naţionale care permit administraţiei fiscale să refuze dreptul de deducere a taxei pe valoarea adăugată aferente unor tranzacţii, atât timp cât cerinţele de fond sunt îndeplinite, iar dreptul de deducere nu este invocat în mod fraudulos sau abuziv.

Astfel, statelor membre nu le este permis să condiţioneze exercitarea dreptului de deducere a TVA-ului de respectarea unor condiţii privind conţinutul facturilor, care nu sunt prevăzute în mod expres de dispoziţiile Directivei 2001/112[28].

Totodată, statele membre pot stabili anumite particularităţi, doar dacă nu tind să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea dreptului de deducere, prin numărul lor sau prin tehnicitate.[29]

Tot în acelaşi sens, instanţa europeană a stabilit într-o hotărâre mai recentă că administraţia fiscală nu se poate limita la examinarea facturii înseşi. Ea trebuie să ţină cont şi de informaţiile complementare furnizate de persoana impozabilă. Această constatare este confirmată de articolul 219 din Directiva 2006/112 care asimilează unei facturi orice document sau mesaj care modifică factura iniţială şi se referă la aceasta în mod specific şi fără echivoc.[30]

Dacă până la acest punct am schiţat funcţia fiscală a facturii, având în vedere că –astfe cum s-a indicat mai sus – factura furnizează elemente contractuale privind operaţiunea încheiată, vom observa în cele ce urmează faptul că o importantă acoperire în realitatea juridică o deţine funcţia civilă a facturii.

3. Factura ca mijloc de probă a unei pretenţii civile

În contextul importanţei crescânde a monitorizării trasabilităţii, privită ca operaţiune de identificare a originii bunurilor şi serviciilor achiziţionate de un operator economic, în amonte, trebuie menţionat că ameliorarea acestei operaţiuni este, fără îndoială, creată de factura electronică.

Distincţia între factura în format fizic şi factura în format electronic este reglementată chiar de textul art. 319 alin. (1) C. fisc., care vorbeşte despre document sau mesaj *pe suport hârtie ori în format electronic*, iar textul de la alin. (4) C. fisc. defineşte factura electronică ca fiind factura *care a fost emisă şi primită în format electronic.*

Pentru a înţelege efectele probatorii ale facturii în planul mecanismelor contractuale dintre profesionişti, sunt necesare consideraţii asupra naturii sale juridice.

---

[28] CJUE, C-368/09, Pannon Gép Centrum Kft împotriva APEH Központi Hivatal Hatósági Főosztály , EU:C:2010:441, punctele 40 şi 41.

[29] CJUE, C-123/87, Léa Jeunehomme et Société anonyme d'étude et de gestion immobilière „EGI" împotriva État belge, ECLI:EU:C:1988:408, pct. 17.

[30] CJUE, C-516/14, Barlis 06 – Investimentos Imobiliários e Turísticos SA împotriva Autoridade Tributária e Aduaneira, ECLI:EU:C:2016:690, p. 44.

Astfel, factura este un înscris sub semnătură privată prin care se constată o operațiune comercială ce constituie, la rândul său, un act juridic. Vom reda în cele ce urmează o situație de speță, pentru exemplificarea consacrării în practică a valorii juridice a facturii.

În speță, pârâta s-a obligat ca în ziua de 1 a fiecărei luni să plătească reclamantei factura prin echivalent în lei la cursul de schimb al unei bănci comerciale din ziua plății. În acest scop, reclamanta a emis cu o zi sau două înainte de scadență facturi pentru sume în lei, echivalente cu valoarea lor în valuta contractuală, ceea ce înseamnă că plata facturilor la scadență asigura reclamantei posibilitatea să cumpere pe piața valutară, lunar, echivalentul în valută al valorii facturii.

Din situațiile de plată întocmite de expertizele contabile efectuate în cauză, a rezultat că pârâta a plătit cu întârzieri facturile în lei emise de reclamantă, iar în trei cazuri le-a achitat parțial sau nu le-a achitat deloc, astfel că, din cauza devalorizării leului, la data plăților efectuate de pârâtă, cu sumele respective nu se mai puteau achiziționa pe piața valutară sumele echivalente în valuta contractuală, ci mai puțin, ceea ce desigur a produs o pagubă reclamantei.

Instanța a constatat, pe cale de consecință, că reclamanta are dreptul să pretindă de la pârâtă, în lei, diferența dintre suma plătită de aceasta din urmă și suma care ar fi fost necesară pentru ca în ziua plății să poată cumpăra pe piața valutară sumele echivalente în valuta contractuală, astfel că pretențiile reclamantei în legătură cu pagubele rezultate din diferența de curs valutar sunt întemeiate. În legătură cu modul de calcul al acestor pretenții, s-au consacrat următoarele aspecte:

Pentru a se asigura corecta reflectare în contabilitate a operațiunilor economico-financiare derulate de agenții economici și stabilirea impozitelor și taxelor datorate de aceștia este necesar ca orice operațiune patrimonială să fie consemnată într-un înscris, care astfel dobândește calitate de document justificativ.

În cazul contractelor care stipulează efectuarea plăților în funcție de cursul unor valute, pot exista situații în care rezultă sume de plată suplimentare față de cele înscrise în factura inițială și în acest caz, pentru aceste sume se emite factură care se înscrie în contabilitate și se comunică plătitorului.

Fără îndoială că aceste modalități și tehnici de natură contabilă sunt menite să asigure o evidență corectă a sumelor de plătit și de încasat, indiferent de natura lor, instrumentul de lucru fiind factura, dar aceasta numai ca act justificativ și de evidență și nu ca act constitutiv de drepturi. Așa fiind, trebuie reținut că, în speța de față, factura este cerută numai ca dovadă (ad probationem) a datoriei pârâtei și nu ca o condiție esențială a existenței acesteia (ad validitatem) și deci nu se poate susține că lipsa facturii anulează dreptul reclamantei de a mai cere de la pârâtă acoperirea pagubelor rezultate din diferența de curs valutar și penalitățile de întârziere contractuale.

Un alt aspect care a generat controverse în practica judiciară este legat de problematica acceptării la plată a facturilor, pentru care a fost necesară o lungă perioadă de timp pentru ca soluțiile să devină unitare. Premisa este aceea că între părți s-au desfășurat relații comerciale în temeiul cărora a avut loc o vânzare de

bunuri ori o prestare de servicii şi au fost emise facturi fiscale, iar cel care o foloseşte în proces tinde a dovedi că între părţi s-a încheiat un act juridic constând în operaţiunea juridică determinată cu ajutorul elementelor din factură.[31]

Există consens la nivel de doctrină şi de practică judiciară în sensul că acceptarea unei facturi poate fi expresă ori tacită. Acceptarea este expresă când destinatarul semnează cu menţiunea "acceptat" pe un exemplar al facturii pe care îl restituie emitentului, ca şi atunci când destinatarul confirmă factura printr-un alt înscris, iar acceptarea este tacită atunci când ea este rezultatul manifestării de voinţă neîndoielnice care atestă consimţământul privind acceptarea facturii[32].

În acest punct, este important de menţionat faptul că tocmai pentru că acceptarea facturii -tacită sau expresă- reprezintă un act juridic care obligă pe comerciantul acceptant la plată, acceptarea trebuie să fie manifestarea voinţei persoanei care angajează pe comerciant în raporturile cu terţii[33].

Totodată, problematica acceptării facturii distinge între două situaţii, ce au la bază existenţa sau inexistenţa unui contract încheiat între părţi.

În situaţia în care factura a fost emisă în baza unui contract semnat de părţi, atunci semnătura sau lipsa semnăturii pe factură din partea beneficiarului facturii, nu prezintă relevanţă din punct de vedere probator, întrucât proba voinţei acestuia de a se obliga faţă de emitent se face prin înscrisul reprezentat de contractul părţilor, astfel încât în acez caz, factura face dovadă atât contra beneficiarului care a semnat-o cât şi contra aceluia care nu a semnat-o.

În situaţia în care factura nu a fost emisă în baza unui contract şi este semnată numai de către emitent, nu şi de beneficiar, atunci respectiva factură nu consemnează o creanţă exigibilă, nefăcând dovada obligaţiei de plată în contra beneficiarului facturii. Practica judiciară apreciază că în acest caz, nu se face dovada intenţiei beneficiarului facturii de a se angaja din punct de vedere juridic faţă de emitentul acesteia.

În alte cuvinte, o astfel de factură nu face dovada existenţei unor raporturi juridice între părţi, în contra beneficiarului, atâta timp cât nu sunt acceptate expres

[31] De regulă, emitentul este cel care pretinde îndeplinirea de către beneficiarul facturii a obligaţiei de plată, dar este posibil şi ca beneficiarul facturii să fie cel ce are calitatea de reclamant, solicitând predarea bunurilor menţionate în factură.

[32] Tribunalul Bucureşti, secţia a VI-a civilă, decizia civilă nr. 1304 din 8 iunie 2012.

[33] Tribunalul Bucureşti, secţia a VI-a civilă, decizia civilă nr. 1304 din 8 iunie 2012; în speţă, factura a fost semnată doar de primire, fără a cuprinde o menţiune în sensul acceptării la plată din partea persoanei care angajează pe comerciant în raporturile cu terţii, ceea ce, coroborat cu absenţa unei convenţii scrise şi cu răspunsul fără echivoc la interogatoriu în sensul nerecunoaşterii vreunei obligaţii de plată, conduc la concluzia că nu s-a probat intenţia beneficiarului facturii de a se obliga la plata sumei menţionate în factură.

de către acesta din urmă, reprezentând doar un început de probă scrisă, astfel încât, pentru a avea valoare probatorie trebuie coroborate cu alte mijloace de probă[34].

O importantă derogare este reglementată prin textul art. 277 alin.2 Cod procedură civilă, conform căruia *Înscrisul nesemnat, dar utilizat în mod obişnuit în exercițiul activității unei întreprinderi pentru a constata un act juridic, face dovada cuprinsului său, cu excepția cazului în care legea impune forma scrisă pentru însăşi dovedirea actului juridic.*

Astfel, în raporturile dintre profesioniști, se recunoaște forța probantă a unei facturi nesemnate de către destinatarul ei, dacă se face dovada că acesta își organizează activitatea specifică (comerț, servicii etc.) în acest fel (pe baza facturilor recepționate odată cu marfa livrată sau cu serviciul prestat), fie doar în raportul juridic stabil și constant cu emitentul (spre exemplu, a făcut plăți anterioare în aceleași condiții sau și-a executat prestațiile corelative în mod necontestat, ceea ce până acum era denumit în doctrină și practică acceptarea tacită a facturii), fie în relația cu orice profesionist.[35]

Dacă însă într-o atare ipoteză -a inexistenței unui contract al părților-, factura poartă semnătura atât a emitentului cât și a beneficiarului, atunci ea face dovadă contra beneficiarului, fiind o factură acceptată expres de către acesta, care probează existența unui contract comercial consensual pentru care părțile nu au constituit un *instrumentum.*

Considerațiile ce preced privesc atât debitul principal contatat printr-o factură, cât și penalitățile de întârziere aferente acestuia. În privința acestora din urmă, practica a tranșat încă în urmă cu mulți ani două aspecte specifice litigiilor cu privire la penalitățile de întârziere.

Astfel, în lipsa unui contract scris între părți, mențiunea scrisă pe factură de către vânzător, neconformată ca atare de către cumpărător, nu constituie clauză penală; o astfel de mențiune reprezintă o manifestare unilaterală de voință, iar acceptarea facturii nu înseamnă confirmarea tacită a mențiunii.[36]

O altă soluție ce a stabilit un reper jurisprudențial de bază în acest registru de interes statuează faptul că achitarea prețului, în baza unei facturi ce conține mențiunea vânzătorului, nu și a cumpărătorului, privind penalități de întârziere, nu are valoarea acceptării mențiunii, deoarece clauza privind penalităle nu este rezultatul acordului de voință al părților.[37]

În ceea ce privește factura electronică, ar trebui menționat că acceptarea de către client a facturii electronice poate include orice acord scris, formal sau informal, precum și un accept tacit, cum ar fi faptul că a procedat la procesarea ori plata facturii electronice. Acceptul clientului de a utiliza factura electronică

---

[34] Curtea de Apel Bucureşti - Secţia a VI-a comercială, decizia comercială nr. 666 din 18.04.2003, publicată în „Revista Română De Drept Al Afacerilor" nr. 2/29 februarie 2004; Trib. Bucureşti, secţia a VI-a comercială, sentinţa nr. 8422 din 17 octombrie 2006.

[35] G. Boroi, *Noul Cod de procedură civilă*, vol. I, Editura Hamangiu, 2013, p. 606.

[36] CSJ, s.com., dec.nr. 2584/2002, în RDC nr.7-8/2001, p. 334.

[37] CSJ, s.com., dec.nr. 2858/2002, în RRDA nr.3/2003, p. 110.

reprezintă confirmarea acestuia și cu privire la faptul că deține mijloacele tehnice necesare primirii facturii electronice.

Faptul că factura nu are calitatea de act juridic se reflectă și în aspectul că, în principiu, nu este de conceput o acțiune în justiție promovată în scopul anulării unei facturi.

Este adevărat că în anumite contracte, mai ales cele încheiate cu furnizorii de utilități, debitorul poate avea interesul de a supune controlului judiciar o creanță constatată printr-o factură, pe care o apreciază ca fiind neîntemeiată, fără a aștepta chemarea sa în judecată de către creditorul său care pretinde îndeplinirea obligației de plată a respectivei creanțe. O astfel de acțiune în justiție nu este prematură, ci are natura juridică a unei acțiuni în constatare în sensul art. 35 din Codul de procedură civilă, ce are petitul „constatare inexistență debit".

De la analiza facturii ca mijloc de probă a unui act juridic vom observa în continuare un fenomen ce a dobândit amploare în piața financiară din ultimii ani: factura privită ea însăși ca obiect material al unui act juridic.

4. Platforme electronice de finanțare a facturilor

În timp ce antreprenorii caută diferite surse și metode de finanțare a activităților lor comerciale, accesul la capital este deosebit de dificil în mediile de afaceri zbuciumate, în special pentru întreprinderile mai mici[38]. În perioade de criză, când crește reticența băncilor vis-a-vis de risc, comercianților le este și mai dificil să obțină sprijin din astfel de surse tradiționale[39]. Acesta este contextul în care ultimii ani au fost martorii dezvoltării unor noi tehnici de finanțare a activității comerciale a unei întreprinderi, prin obținerea de bani din valorificarea către terți a creanțelor născute din diverse operațiuni de comerț și constatate în facturi neîncasate încă de la debitor[40].

Practic, ideea de bază din spatele acestor mecanisme, este – din perspectiva antreprenorului ce comercializează factura –, aceea de a colecta numerar mai devreme decât cel scadent la data menționată în factura neîncasată, ceea ce servește imperativului de flux continuu de monetar indispensabil activității sale comerciale. Din unghiul investitorului, finalitatea este aceea de a obține profit prin investirea unei sume de bani, constând într-un procent mai mic decât valoarea din factură (între 70-99%), ce este acordată cu titlul de împrumut cu dobândă, întreprinzătorului ce comercializează factura.

---

38 D.T. Dziuba, *Crowdfunding Platforms in Invoice Trading as Alternative Financial Markets*, Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych, (49), 2018 http://rocznikikae.sgh.waw.pl/p/roczniki_kae_z49_31.pdf, accesat la data de 13.10.2020.

39 J. Lerner, *Innovation, Entrepreneurship and Financial Market Cycles. STI Working Paper*, 3(Industry Issue), 2010, p. 57.

40 M. Brănici, *Factoring online și platforme de comercializare a facturilor. Redefinind viitorul tehnicilor de finanțare a comerțului*, în Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza" din Iași. Seria Științe Juridice, Tom LXVI, 2020, Supliment.

Modernizarea tehnologică a făcut posibilă dezvoltarea acestor noi practici comerciale de valorificare a facturilor pe platforme electronice specifice, ce sunt site-uri *web,* care acționează ca o legătură intermediară între investitori și antreprenorii, creditori ai creanței constatate în factură.

Astfel, platformele de finanțare a facturilor pe internet sunt printre cele mai promițătoare metode de strângere de capital pentru întreprinzători.

Aceste platforme îndeplinesc o serie de servicii: verifică facturile, gestionează documentația încărcată de către întreprinzători pe platformă, intermediază tranzacțiile online, monitorizează tranzacțiile, adună și uneori publică statistici, și în general, dezvoltă piața electronică drept mediu pentru investitori și întreprinzători. În schimb, platformele percep taxe pentru serviciile lor, fie sub formă de procent din media valorii facturii și a prețului de finanțare a acesteia, sau de procent din valoarea facturii, cu stabilirea unei limite minime obligatorii al cuantumului comisionului, indiferent de valoarea facturii[41]. Investitorii sunt de asemenea taxați cu un comision, procentual, în raport de profitul pe care îl obțin la tranzacționarea facturii.[42]

Mecanismul lor de funcționare de bază se întemeiază pe un program *software* pentru computer care poate fi utilizat pentru a plasa comenzi pentru produse financiare pe o rețea, cu un intermediar financiar[43].

Astfel, pentru a putea finanța creanțele neîncasate constatate în facturi, întreprinderile în căutare de fond de rulment, se înregistrează pe platforma electronică, trimit facturile prin e-mail către operatorul de platformă, fiecare dintre aceste documente fiind verificat de operator. Nu sunt necesare garanții personale[44].

Înregistrându-se, la rândul lor, investitorii folosesc platforma pentru a răsfoi facturile ce sunt încărcate pe aceasta, primind informații relevante despre întreprinzător, detalii despre tranzacție și copii ale facturilor originale[45].

Întreprinzătorul este cel care stabilește prețul la care urmărește să își valorifice factura, adică procentul din valoarea facturii pe care îl va primi de la investitor (de regulă, între 70% și 99% din cuantumul facturii, în funcție de scadența acesteia).

Întreprinzătorul primește prețul stabilit al facturii de la investitor[46] și atunci când factura este plătită de către debitor, întreprinzătorul restituie către investitor suma pe care a primit-o de la acesta și, pe lângă aceasta, îi plătește

---

41 D.T. Dziuba, *op. cit.*

42 Dacă o factură de 100.000 Euro a fost cumpărată cu o reducere de 98%, investitorul a câștigat Eur și comisionul platformei va fi egal cu un procent din acest profit.

43 A se vedea descrierea noțiunii pe https://www.lawinsider.com/dictionary/electronic-platform, accesat la data de 16.10.2020.

44 D.T. Dziuba, *op. cit.*

45 A se vedea https://www.businessexpert.co.uk/invoice-finance/what-is-invoice-trading/, accesat la data de 16.10.2020.

46 În sistemul anglo-saxon, este reglementată organizarea unei licitații pentru finanțarea facturilor de mare valoare, a se vedea Simon Mills, Noel Ruddy, *Salinger on factoring*, Sixth Edition, Sweet&Maxwell, 2020, p. 22.

dobânda convenită. Rata dobânzii pe care întreprinzătorul o plătește se situează, de regulă, între 0,8% și 1,5% pe lună din valoarea sumei avansate de către investitor[47].

Cota predominantă din valoarea mondială a comerțului online cu facturi este reprezentată de către platformele americane (peste 24 miliarde USD), care înseamnă mai mult de trei pătrimi din fluxul valorii mondiale[48]. În continuare, platformele britanice, germane și australiene sunt reprezentate de cote de participare, dar mult mai mici.

În România, din anul 2018 funcționează Instant Factoring[49], prima platformă Fintech[50] de comerț cu facturi românească, care a dezvoltat cel mai simplu și mai rapid flux de finanțare a facturilor din România. Prin crearea unui cont pe platformă, proces ce durează trei minute, clientul își încarcă facturile (în format *.pdf* sau *.jpeg*) aflate în termenul de plată și în două ore primeste răspunsul pozitiv sau negativ asupra finanțării. În caz pozitiv, banii sunt virați în contul său în 24 de ore. Se finanțează cu preponderență facturi de până la 15.000 lei, contra unui comision mediu lunar de 3% din valoarea totală a facturii[51].

Referințe

Boroi G., *Noul Cod de procedură civilă*, vol. I, Editura Hamangiu, București, 2013

Brănici M. *Factoring online şi platforme de comercializare a facturilor. Redefinind viitorul tehnicilor de finanțare a comerţului*, în Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza" Iași. Seria Științe Juridice, Tom LXVI, 2020, Supliment, pp. 137-154

Costea I.M., *Factura între original, duplicat şi dematerializare*, Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza" Iași. Seria Științe Juridice, Tom LXIII, 2017, nr. II, pp. 42-54

Dziuba D.T. *Crowdfunding Platforms in Invoice Trading as Alternative Financial Markets*, în Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych,(49), 2018 [Online], pp. 465-464

Grosu C., *Contestaţie act administrativ-fiscal. Refuzul deducerii TVA pe bază de facturi emise de furnizori inactivi*, Revista Română de Jurisprudență, nr. 3/2013, pp. 81-84

Lerner J., *Innovation, Entrepreneurship and Financial Market Cycles. STI Working Paper*, 3 (Industry Issue), 2010

Mills S., Ruddy N, *Salinger on factoring*, Sixth Edition, Sweet&Maxwell, 2020

47 A se vedea https://www.invoiceinterchange.com.au/what-is-invoice-trading/, accesat la data de 16.10.2020.

48 D.T. Dziuba, *op. cit.*

49 Instant Factoring este un start-up românesc, premiat la Central European Startup Awards 2018, drept cel mai bun startup de IT în domeniul financiar (Best Fintech Startup) din Europa Centrală și de Est, a se vedea https://www.startupcafe.ro/idei-si-antreprenori/startup-romania-premii-cesa-2018-iliescu-factoring.htm, accesat la data de 16.10.2020 .

50 Acronim pentru *Financial Technology*, desemnând programe de calculator și alte tehnologii utilizate pentru a sprijini sau a activa serviciile bancare și financiare.

51 A se vedea https://www.instantfactoring.com/, accesat la data de 16.10.2020.

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-6

Procesul penal în cauzele cu minori: reflecții de ordin istoric

Criminal proceedings in juvenile: historical reflections

Vitalie Rusu[1]

Rezumat: Problema procedurii penale în cauzele cu minori a fost și continuă să rămână una din cele mai importante în știința procesual-penală. În condițiile modernizării legislației procesual-penale în vigoare, se impune necesitatea revizuirii multor momente, luând-se în calcul situația nou-creată în care se realizează cu pondere deloc neglijabilă justiția penală în cauzele adolescenților. Timp îndelungat, în literatura de specialitate au fost luate în discuție problemele generale ale justiției în privința minorilor. Polemicile, deloc lejere, nu au avut o finalitate logică în condițiile decrepitudinii legale, a unui regim autoritar, în care accentul se punea, în principal, pe protejarea intereselor statului în dauna individului. În raport însă cu o serie de cercetări mai noi, noile acte normative au fost adoptate cu acuratețe sporită în tratarea problemelor ținând-se cont, evident, și de noile relații din societate. Cercetările de zi cu zi ne arată că minorii au fost și sunt ținuți în vizorul legislativului, mai ales azi, în contextul noilor relații sociale de unde și problema lor rămâne problema actuală. Prezintă interes lucrările științifice, în care problemele de procedură penală în cauzele cu minori sunt examinate prin prisma studierii istoricului problemei, prin prisma teoriilor justiției juvenile din perspectiva condițiilor contemporane în raport cu normele și valorile societății în care trăim.

Cuvinte-cheie: minor; delincvent; proces penal; istoric; procedură specială; infractor; infracțiune; justiție juvenilă; stat; societate; relații sociale; reglementări; răspundere; pedeapsă; urmărire; judecare

Abstract: The problem of criminal proceedings in juvenile cases has been and continues to remain one of the most important in criminal procedure science. In the conditions of modernizing the criminal procedure legislation in force, the necessity to review many moments arises, considering the newly created situation in which criminal justice is achieved with a not negligible weight on the cases of adolescents. For a long time, the general issues of juvenile justice have been discussed in the literature. The controversies, not at all light, did not have a logical finality in the conditions of legal decrepitude, of an authoritarian regime, in which the emphasis was mainly on protecting the interests of the state to the detriment of the individual. However, in relation to a series of newer researches, the new normative acts were adopted with increased accuracy in dealing with problems, obviously considering the new relationships in society. Daily research shows that minors were and are kept in the spotlight of the legislature, especially today, in the context of new social

[1] Conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept și Științe sociale, Universitatea de Stat „Alecu Russo" din Bălți, Republica Moldova, e-mail: russuvitalie@mail.ru

relationships where their problem remains a pressing challenge. Of interest are the scientific papers, in which the problems of criminal proceedings in juvenile cases are examined in terms of studying the history of the problem, in terms of theories of juvenile justice from the perspective of contemporary conditions in relation to the rules and values of the society.

Keywords: juvenile; delinquent; criminal trial; history; special procedure; offender; crime; juvenile justice; state; society; social relationships; regulations; liability; punishment; prosecution; trial

1. Introducere

Materialul conţine un fin istoric al justiţiei în cauzele cu minori, o dată în plus mai dovedind că procedura penală pe aceste dosare rămâne o instituţie a dreptului procesual-penal căruia îi sunt adânc specifice particularităţile înşirate pe lungimea capitole. Astfel, compartimentul respectiv se impune ca o unitate aparte, cu trăsături specifice în domeniu, pe care nu putem să nu le vedem şi să şi mai ţinem minte că le-am văzut.

În literatura de specialitate de mult timp încoace se poartă discuţii în privinţa realizării justiţiei în cauzele cu „minori", fiind propuse multiple alternative în această privinţă. În cadrul lucrării sunt expuse aceste momente, se invocă argumente în favoarea şi defavoarea actualului mecanism de realizare a justiţiei în aceste cauze. Totodată sunt înaintate multiple propuneri spre desăvârşirea mecanismului nominalizat şi înlăturarea aspectelor negative din domeniu. Ideea axată (finală) este aceea de a menţine în vigoare actualul mecanism de investigare a cauzelor penale cu minori cu insistarea asupra unor mutaţii necesare de efectuat, precum: specializarea judecătorilor şi ofiţerilor de urmărire penală împovăraţi cu sarcina cercetării şi examinării pricinilor minorilor; cunoaşterea de către ei, în mod obligatoriu, a particularităţilor psihologice şi de vârstă, specifice minorilor răspunzători penal; colaborarea la un nivel înalt profesionist între organele de drept şi comisiile şi inspectoratele pentru minori, implicarea mai activă a reprezentanţilor legali, a asistenţilor sociali în examinarea şi cercetarea cauzelor cu minori etc.

Momentele expuse pot fi utile, aplicarea lor în practică având drept efect descoperirea şi cercetarea adecvată a cauzelor în privinţa minorilor. Recomandările ar putea fi analizate în detaliu în vederea instruirii colaboratorilor organelor de drept într-o măsură mai mare sau mai mică, implicaţi în procesul realizării justiţiei juvenile[2]. Or, una din condiţiile necesare funcţionării normale a justiţiei în cauzele cu minori o constituie reglementarea ei univocă, fapt ce necesită imperativ o apreciere ştiinţifică şi practică modernă. Aceasta ar duce în mod unic, complet şi lipsit de contradicţii la soluţionarea problemelor de ordin teoretic şi practic, privind justiţia în cauzele penale cu minori. Momentul corespunde necesităţilor vieţii sociale contemporane şi cerinţelor statului de drept spre care

[2] V. Rusu, *Particularităţi de procedură penală în privinţa infractorilor minori:* Teză de doctor în drept, Chişinău, 2003, pp. 6-7.

tindem. Instituția particularităților de procedură penală în privința minorilor s-a constituit ca o totalitate a normelor ce fixează unitatea funcțională a diferitor organe de drept. În ele sunt stabilite formele de activitate și legile care trebuie să acționeze în cauzele cu minori. Totalitatea normelor ce reglementează specificul procedurii penale în această direcție este legată organic și de alte instituții ale dreptului procesual penal, deoarece investigațiile în domeniul justiției juvenile întotdeauna au constituit o direcția prioritară a cercetărilor științifice. În acest fel, pentru lucrătorii de ramură problema nominalizată a fost și continuă să rămână una din cele mai importante în știința procesual-penală[3].

2. Procesul penal în privința minorilor în Antichitate şi Evul Mediu

Lipsa reglementărilor în mecanismul de sancționare a categoriei respective de persoane din perioada antichității se datorează, în cea mai mare parte, nedelimitării la un nivel aparte a normelor materiale de cele procesuale, copiii fiind puși de cele mai multe ori pe aceeași poziție procesuală cu membrii majori ai societății. Or, poposim la ceva exemple pentru a limpezi câteva aspecte generale de drept procesual penal comparat anume în privința minorilor.

Vechea codificare a lui Hamurappi[4] conține câteva reglementări privitor la natura justiției pe postata de viață a prematurilor. Astfel, la săvârșirea unei crime față de părinte (în special lovirea), copilul putea fi izgonit, lipsit de moștenire sau sancționat prin tăierea degetelor. Dacă însă delictul era comis de minor pentru prima dată sau nu era calificat ca fiind grav, atunci era posibilă iertarea acestuia.[5]

Dovezile arată că în China Antică exista o procedură specifică de tragere la răspundere penală a copiilor față de care se aplicau reguli speciale de examinare și de sancționare a încălcărilor. Surse bine rânduite conțin date care confirmă că în privința minorilor de până la 7 ani era posibilă grațierea doar din partea împăratului și atunci numai dacă, în definitiv, cazul nu era legat de înalta trădare.[6]

Reglementări pe terenul procedurii penale eline unde sunt vizați minorii apar abia dincolo de Legile lui Dracont și Solon, în timpul dominației lui Pericle, când Grecia Antică se caracterizează printr-o aranjare a procedurii de sancționare sau protejare a minorilor, în așa fel încât, judecata era competentă de a examina pricinile de tratare neadecvată a părinților și a copiilor orfani[7], iar legea îngăduia ca "inițierea procesului penal în instanța judiciară putea fi realizată numai de adultul neprivat de drepturile unui cetățean atenian"[8]. Tot atunci însă era total exclusă participarea minorilor în orice proces de judecată în calitate de martori.

---

3 *Idem*, p. 2.

4 Regele Hamurappi s-a aflat la cârma Babilonului în sec. XVIII î.e.n.

5 Z. M. Cernilovskii, *Hrestomatia po vseobşei istorii gosudarstva i prava*, Moscova, 1996, pp. 19-21.

6 I. Teodorescu, *Minoritatea în faţa legii penale*, Editura Guttenberg, Bucureşti, 1928, pp. 50-52.

7 Z. M. Cernilovskii, *op. cit.*, pp. 34-37.

8 M. A. Celițov-Bebutov, *Curs ugolovno-proţessualinogo prava,* Editura Alfa, Sankt-Petersburg, 1995, p. 90.

Conform acelei legislații, doar părinții aveau dreptul deplin de a cere pornirea procesului penal în scopul apărării drepturilor și intereselor copilului, iar aceasta numai până la 18 ani când aceștia atingeau majoratul și când li se acorda cetățenia[9].

În Sparta, majoratul era atins la vârsta de 14 ani, după care instanțele de judecată aplicau *lege uti* astfel de sancțiuni: exilul, pedeapsa cu moartea. Ca sancțiune pentru persoanele de până la 14 ani figura, de obicei, bătaia. În privința procedurii de aplicare a pedepselor respective nu exista, aici, o reglementare specifică pentru minori, aceasta fiind comună tuturor membrilor societății.

Dăm câteva date și despre legislația Imperiului Roman unde se cunoaște o delimitare între sancționarea infractorilor minori și a celor care au atins majoratul. Conform Legii celor XII table, (sec. V. î. Hr.) furtul săvârșit de o persoană minoră se pedepsea mai blând decât săvârșirea aceleiași infracțiuni de către o persoană adultă[10]. Persoanele minore erau repartizate în două grupe: 1) puberii (14 ani băieții și 12 ani fetele); 2) im-puberii (până la 14 ani băieții și până la 12 ani fetele)[11]. În dependență de acești ani funcționa caracterul și, respectiv, gravitatea pedepsei. Față de puberi putea fi aplicată bătaia, dar și pedeapsa cu moartea din partea păgubitului. Im-puberii însă puteau fi numai bătuți, iar reprezentanții legali ai acestora urmau să restituie celui cu pierderea prejudiciul material[12]. O altă culegere de legi ce țin de dreptul roman este „Legiuirea lui Iustinian"[13]. Acest sinet vechi prevedea că până la 7 ani minorul nu era supus răspunderii penale; între 7 și 14 ani răspundea numai pentru infracțiunile săvârșite intenționat; la 18 ani se considera la vârstă pubertății pline; majoratul se considera atins la 25 de ani[14]. În plus, ne mai rămâne să subliniem că examinarea cauzelor cu minori de către instanțele judiciare

---

9 Z. M. Cernilovskii, *op. cit.,* p. 65.

10 Z. M. Cernilovskii, *Istoria rabovladelicescogo gosudarstva i prava,* Moscova, 1960, pp. 261-272.

11 Ne vedem obligați să dăm câteva explicații în jurul cuvintelor PUBERII și IM-PUBERII. Or, ambele provin din latinescul PUBER (PUBES),-ERIS, (-IS), care, pe lângă multiple sensuri îl are și pe acela de TÎNĂR (care a atins vârsta). Cu sensul enunțat, cuvântul menționat e atestat la C. J. Caesar, C. S. Crispus și A. Madaurensis. Derivatul IM-PUBERII (im-pubes, -eris; im-pubes, -e) este atestat, de asemenea, pe lângă alte sensuri, și cu acela de minor, necopt la M. T. Cicero (în îmbinarea: IMPUBER FILIUS) și la P. Ovidius Naso (IMPUBER PUER). C. J, Caesar și T. Livius utilizează IMPUBERES și IMPUBES cu sens de BĂIEȚI, COPII. Cuvintele vizate sunt întâlnite ca noțiuni și în unele pagini de literatură juridică. (S. G. Longinescu, *Elemente de drept roman,* Vol. I, București, 1927, pp. 222-226). Evidențiem, în definitiv, și sensul de azi al derivatului românesc PUBERITATE care anunță „perioada vieții omenești între copilărie și adolescență caracterizată prin apariția funcțiilor fiziologice sexuale" (*Dicționarul limbii române moderne*, Editura Academiei RPR, București, 1958, p. 676). Pe parcursul lucrării noastre vom reveni la noțiunea de PUBER și IM-PUBER pentru a limpezi, la locul potrivit, mai profund vârsta exactă a minorilor în cazurile concret analizate.

12 I. Peretz, *Originile dreptului roman*, Editura Curierul judiciar, București, 1915, p. 189.

13 Iustinian – Împărat al Imperiului Roman de Răsărit în sec VI î.e.n. Codificarea sa a fost publicată la 30 decembrie 533 e. n.

14 O. Brezeanu, *Minorul și legea penală*, Editura All Beck, București, 1998, p. 7.

se efectua în baza regulilor generale, care erau aplicate şi faţă de adulţi cu deosebirea de caracter între tipul şi gradul pedepselor pentru aceste categorii de persoane.

Nu ne îndepărtăm de vorba aceasta fără a sublinia că-n legile barbarilor (la francii salieri şi la saxoni) persoanele de până la 12 ani nu puteau fi trase la răspundere penală. La suabi, burgunzi şi vizigoţi această vârstă varia între 13-14 ani. Conform obiceiurilor multor popoare migratoare, cum au fost de exemplu, cele venite din nordul Europei, o persoană care nu purta arme din cauza vârstei fragede era considerat minoră. În cazul în care minorul săvârşea o infracţiune, el era exonerat de plata amenzii de către colectivitate (*fredus*), dar familia sa trebuia să plătească răscumpărarea pedepsei (*faidus*) pentru a nu fi supus răzbunării victimei. Deci răspunderea penală a minorului era condiţionată iniţial de un anumit grad de maturizare somatică[15]. Dreptul canonic[16] reducea această vârstă la 7 ani.

În monarhia medievală francă, ideea de justiţie era întrupată de suveran. Dar cum acesta nu putea administra justiţia de unul singur, drepturile acestea erau încredinţate judecătorilor (şefii militari, conţii, ducii, marchizii). În capitularele lui Carol cel Mare găsim condiţiile în care trebuia administrată justiţia: conţii să asculte mai întâi cauzele minorilor aflaţi sub tutelă şi ale orfanilor; judecătorii să cerceteze cauzele înainte de a fi mâncat sau băut; judecătorii să judece cu dreptate potrivit legii scrise, iar nu după bunul lor plac…[17]. În procedura Evului Mediu, se obişnuia ca mărturisirea inculpatului să fie obţinută prin tortură.

În sistemul probelor procesului nou de urmărire penală şi judecare a cauzei din Franţa medievală, copiii de până la 14 ani erau consideraţi ca "persoane total incapabile de a da mărturii"[18] în folosul părţilor implicate în proces. Legislaţia franceză din acea perioadă prevedea totuşi un drept al copiilor de a numi un reprezentant al său numit Avoues sau Campiones, care prin participarea în duel obţinea dovada vinovăţiei sau nevinovăţiei minorului anume în dependenţă de eşec sau victorie[19]. Între altele, ca mijloc de probaţiune pentru minori puteau fi aplicate ordaliile şi jurământul ce amintesc de nişte tradiţii înrădăcinate la diferite popoare. În ducatul Normandia (sec. XI-XIII), cazurile de infracţiuni împotriva minorilor impuneau participarea obligatorie a unui acuzator legal, acesta fiind, de obicei, părintele copilului. În lipsa acestuia, funcţia respectivă era îndeplinită de duci ca apărători ai lumii pământeşti şi încasatori ai taxei judiciare[20]. Referitor la executarea sancţiunilor de drept penal nu existau prevederi aplicabile minorilor aparte de alte categorii de persoane, aceştia fiind deţinuţi împreună cu adulţii. În secolul al XIV-lea, în Franţa este menţionată în documentele din epoca respectivă existenţa unui stabiliment pentru copiii abandonaţi, numit Brephotrophia, care este

---

15 O. Pop, *Implicaţiile delincvenţei juvenile*, Editura Mirton, Timişoara, 2003, pp. 4-5.

16 Canonic – cuvânt provenit din canon (canoane) prin care se înţelege o lege sau o regulă bisericească.

17 O. Drimba, *Istoria culturii şi civilizaţiei,* Editura Saeculum, Bucureşti, 1998, Vol. 5, p. 352.

18 M. A. Celiţov-Bebutov, *op. cit.*, p. 251.

19 *Idem*, p. 191.

20 M. A. Celiţov-Bebutov, *op. cit.*, p. 198.

considerat ca un început al viitoarelor instituții de reeducare. La începutul sec. XVIII, în Franța, sistemul sancțiunilor pentru puberi a fost completat prin pedeapsa cu spânzurătoarea[21]

Legislația Germaniei medievale fixa măsuri dure de pedeapsă în privința copiilor, prevăzând o procedură specifică de aplicare și executare a acestora. Codificarea "Carolina"[22] caracterizează puberitatea ca o circumstanță atenuantă, care excludea aplicarea pedepsei cu moartea față de persoanele de până la 14 ani. Iar atunci când vârsta infractorului se apropia de vârsta arătată mai sus și delictul era săvârșit cu circumstanțe agravante se aplica principiul *malitia supplet aetatem* (intenția completează neatingerea vârstei). În așa cazuri era posibilă aplicarea pedepsei cu moartea neluându-se în considerație vârsta minoră[23] Conform dreptului Imperiului carolingian, persoanele erau judecate după normele juridice cutumiare[24].

Codul Portugaliei din timpul domniei lui Ioan I (1363 – 1433) prevedea ceva elemente de comportare specială cu delincvenții minori. Impuberii, de exemplu, nu puteau fi prezenți în instanța de judecată în lipsa reprezentanților legali. În Spania medievală, Codul lui Alfons al X-lea de la 1263 consacra principiul că minorul care nu a împlinit 10 ani și 6 luni, chiar 12 și respectiv 14 ani, în cazul fetelor și băieților, nu era pedepsit. De asemenea, se prevedea că minorul care nu a împlinit 17 ani nu putea fi supus torturii și beneficia de o răspundere atenuantă. O ordonanță regală din sec al XV-lea scutea pe minorul de până la 20 de ani de pedeapsa galerelor[25]. Tot aici, biserica catolică crea orfelinate pentru copiii fără părinți luând, într-o măsură, asupra sa și funcțiile de ocrotire a copiilor – infractori prin intermediul anumitor funcționari special desemnați numiți „părinți și judecători ai copiilor orfani". Regele Spaniei Pavel al IV-lea a definitivat și legiferat această tradiție, creând la 1337 în orașul Valencia așa-zisa Magistratură a „părinților pentru copiii orfani". De competența acesteia ținea tutela, curatela și „angajarea în viață" a copiilor rămași fără de părinți.

Italia a fost prima țară din Europa unde biserica a inițiat crearea instituțiilor penitenciare special destinate infractorilor minori. Papa Clement al XI-lea a fondat la Roma Casa de corecție „Saint Michel", determinând printr-un decret special contingentul de minori amplasați în această „Casă" și condițiile de întreținere a lor. Tot biserica a jucat un rol enorm în crearea sistemului de ajutorare și reeducare a copiilor orfani, delincvenți și vagabonzi în teritoriul statului polonez. Sistemul de ajutorare socială, fiind strâns legat de cel judiciar, se afla totalmente sub jurisdicția

---

21 Ă. B. Melinicova, *Pravosudie po delam nesoverşennoletnih: istoria i sovremennosti,* Editura Nauca, Moscova, 1990, p. 13.

22 Carolina (Constitutio criminalis Carolina) – cod de legi ale lui Carol al V-lea, alcătuit în baza statutului de la Bamberg și ale proiectelor de legi din 1521-1530. Ultimul ei proiect a fost prelucrat de o comisie specială și aprobat de Împărat în 1532.

23 Ă. B. Melinicova, *op. cit.*, p. 13.

24 Acest cuvânt derivă din cutumă ceea ce înseamnă obicei local transmis prin tradiție. Cutumele sunt adunate în culegeri scrise începând din sec. al XIII-lea.

25 O. Pop, *op. cit.*, p. 5.

bisericii catolice. În istoria justiţiei juvenile, Polonia s-a impus prin existenţa unui număr mare de obşti religioase de patronaj favorabile minorilor orfani şi celor sfădiţi cu legea. Majoritatea acestor obşti dispuneau de sume băneşti enorme, ceea ce a permis crearea instituţiilor de reeducare pentru copiii cu un comportament antisocial[26].

În Anglia, legislaţia procesual-penală prevedea posibilitatea tragerii la răspunderea penală a persoanelor ce atingeau vârsta de 12 ani[27]. Procesul în privinţa categoriei respective de infractori se desfăşura după regulile generale, fără a se efectua o delimitare între minori şi adulţi. Ceea ce caracteriza justiţia medievală în general (dar şi cea în privinţa minorilor aparte) era excesivă fracţionare a autorităţii judiciare, fapt care ducea la o permanentă incertitudine şi dezordine, cauzată de coexistenţa unor principii juridice contradictorii derivate din tradiţii diverse.

3. Procesul penal în privinţa minorilor în Epoca Modernă şi Contemporană

Epoca modernă nu cunoaşte o reglementare procesual-penală special destinată investigării pricinilor cu minori[28], ignorând faptul că minţile luminate din această perioadă susţineau şi propovăduiau ideile de echitate socială şi de protejare a personalităţii. Şi totuşi, la această etapă sunt create premisele necesare cristalizării unei justiţii specifice cazurilor penale ale minorilor, punându-se baza trecerii de la normele comune la cele speciale şi ajungându-se la o reglementare satisfăcătoare a procesului de cercetare şi examinare a pricinilor minorilor delincvenţi. La sf. sec. XIX – înc. sec XX în multe părţi ale lumii protecţia legală a minorilor şi adolescenţilor ori că lipsea cu desăvârşire, ori că se manifesta în forme excesiv de aspre. De aceea, mulţi dintre juriştii vremii dau semne de îngrijorare, propun soluţii întru depăşirea situaţiei. Asupra mediului american au influenţat pe măsura intereselor unor păturii sociale aşa numitele "Coduri negre"[29]. Ceva mai târziu, apare instanţa judiciară specializată de la Chicago, Statul Illinois (creată prin

---

[26] Ă. B. Melinicova, *Iuvenalinaia iustiţia – problemî ugolovnogo prava, ugolovnogo proţessa i criminologhii*, Editura DELO, Moscova, 2000, pp. 24-25.

[27] Z. M. Cernilovskii, *Hrestomatia po vseobşei istorii gosudarstva i prava,* Moscova, 1996, p. 126.

[28] Minoritatea ca ani nu este universală pentru toate statele lumii. De obicei, ea constituie 18 ani. Într-un şir de state persoanele sunt considerate ca atingând majoratul la vârsta de 15, 20, şi chiar 21 ani. Din acest considerent când în documentele cu vocaţie internaţională e vorba despre grupul minorilor se are în vedere în primul rând treapta vieţii de 18 ani, mai apoi urmând clauza: „dacă o altă vârstă nu e stabilită de legislaţia internă".

[29] Acestea cuprind o totalitate de legi emise în 1865-1866 în statele din sud în special, prin care se „punea la punct" persoanele de culoare, inclusiv şi cele de până la 18 ani. Teapa respectivă de minori delincvenţi erau luaţi pentru a fi educaţi de către stăpânii proteguitori, care, din proprie iniţiativă, deţineau dreptul de a aplica diverse măsuri de constrângere (M. A. Celiţov-Bebutov, *op. cit.*, p. 543).

legea din 2 iulie 1899)[30], care avea menirea nu atât să pedepsească infractorii, cât să-i ajute prin luarea unei decizii privind ceea ce era mai potrivit pentru copil și pentru societate[31].

În lipsa unei structuri juridice logice, Europa pune la dispoziție tocmai mijloace ineficiente de combatere a delictelor confruntându-se cu o creștere bruscă a numărului de infractori minori. Pătura socială a minorilor din Anglia primei jumătăți a sec. XIX, de exemplu, oferea societății cu mult mai mulți infractori decât alte pături trăitoare, iar aceasta din cauza lipsei de tratare diferențiată și de aplicare utilă a pedepsei.

La timpul dat, se observa lipsa totală de protejare a copiilor în fața legii și judecății, așa cum lipsea cu desăvârșire noțiunea juridico-morală de copilărie. Iată de ce, partea cea mai mare a deținuților din instituțiile penitenciare engleze o constituiau copiii între 10 și 13 ani deținuți, de obicei, împreună cu adulții. Un plus numai că, în acord cu alt aspect, legea fixa unele reguli în privința participării în proces a minorului – martor[32]. Tot în sistemul judiciar englez mai activau curțile de juați și instanțele judiciare comune[33]. Salturi simțitoare pe acest teren s-au simțit în august 1905 când, în orașul Birmingham, apare prima instanță engleză specializată pronunțat în cauzele minorilor. Ceva mai încoace, în baza Legii cu privire la copii[34] instanțele judiciare specializate împânzesc toată țara. Categoria respectivă de instanțe este specifică și pentru Franța, doar că aici apare relativ mai târziu și se leagă, în particular, de numele lui Eduard Julhiet. Sub influența americană, dar fără a încăpea într-un tipar sau altul, modelul francez capătă un aspect original. Astfel la Paris se creează o instituție judiciară experimentală care, în ședințe speciale, examinează infracțiunile minorilor sub 18 ani. Proiectul acestei instituții prevedea specializarea judecătorilor și procurorilor clasați în cauzele cu minori; instituirea fermă a supravegherii asupra minorilor pe parcursul urmăririi penale; aplicarea măsurilor de constrângere cu caracter educativ față de minori; diminuarea publicității în cazurile de infracțiuni ale copiilor; examinarea

---

30 Aici se înaintează două cerințe și anume: specializarea și simplificarea procedurii penale aplicabile minorilor (Ă. B. Melinicova, *Pravosudie po delam nesoverşennoletnih: istoria i sovremennosti,* Editura Nauca, Moscova, p. 12).

31 M. Lașcu, *Cu privire la realizarea justiției juvenile în Republica Moldova*, în Delincvența juvenilă: prevenire și recuperare, Conferința științifică a profesorilor Catedrei Asistență Socială și Sociologie din 15-16 ian. 2002, Chișinău, 2002, p. 6.

32 La 1843, Legea cu privire la probe prevedea că judecătorul are dreptul să nu admită la depunerea depozițiilor persoane care, din cauza vârstei fragede, nu erau în stare a percepe adecvat importanța și esența jurământului sau caracterul fenomenului observat (M. A Celițov-Bebutov, *op. cit.,* p. 438).

33 Valoarea lor începe să crească din 1847. La 1850 direct de competența lor se leagă examinarea cazurilor cu minori de până la 16 ani. La 1874 apare Legea cu privire la infractorii minori după care instanțele comune urmau să judece copiii de până la 14 ani în cazul infracțiunilor contra proprietății. Decizia finală depindea total de voința judecătorului, în cazul când se socotea irațională transmiterea cauzei pe adresa curții de juați (M. A. Celițov-Bebutov, *op. cit.,* p. 446).

34 Legea se adoptă și intră în vigoare la 21 decembrie 1908.

condițiilor de viață și educare a puberilor. Fără a îngusta problema, adăugăm că, tot în mediul francez, dar deja în baza Legii de la 22 iulie 1912 se creează instanțe judiciare specializate privind cazurile de delincvență juvenilă[35].

Din capăt, fie spus, instanțele judiciare specializate din Germania[36] denotă, de asemenea, o ușoară influență americană legată fiind de un raport al profesorului Freudental[37]. Fără a pune în contradicție diferite extremități, aderăm la concluzia că într-un fel, modelul german judiciar de la Frankfurt destinat puberilor nu dispunea de un caracter autonom precum cel din S.U.A., Franța și Anglia, ci activa în cadrul instanței de competență generală și se impunea prin următoarele particularități: existența unui judecător care îndeplinea funcții duble, adică examina cauzele cu minori între 12 și 18 ani și, în caz de necesitate, aplica față de aceștia tutela și curatela[38].

Pe fondul acestor tendințe generale în dreptul european (și nu numai) și a condițiilor consolidării puterii centrale de stat și elaborării unor legislații unitare, au fost redactate codurile penale moderne, în care tratamentul penal al minorilor devine obiectul unor reglementări distincte și derogatorii de la normele dreptului comun. Este un proces de lungă durată care începe în sec. al XIX-lea și se continuă în sec. al XX-lea. Această evoluție lentă este marcată de perioade tranzitorii de stagnare sau regres, care nu au împiedicat însă elaborarea și aplicarea în unele țări dezvoltate a unui sistem de dispoziții ce au fost grupate sub denumirea de „drept al minorilor”[39]. Pentru cei care se apleacă mai tare asupra problemei, venim cu adaosul că începutul sec. XX marchează în toate statele civilizate formarea unui sistem judiciar specializat la examinarea cauzelor cu persoane minore[40]. Abordarea la nivel internațional a problemei ce ține de realizarea justiției în privința nevârstnicilor își are începutul în anii 30 ai sec. XX, odată cu crearea Asociației

---

35 Legea la care ne referim intră în vigoare abia la 4 martie 1914 și admite examinarea cauzelor penale ale minorilor de către instanțele de competență generală dar numai dacă situația întrunea următoarele condiții: săvârșirea anumitor categorii de infracțiuni prevăzute de lege; forma intenționată a vinovăției; existența coparticipanților adulți; figurarea minorului în calitate de organizator al infracțiunii (Ă. B. Melinicova, *op. cit.*, p. 28).

36 Prima instanță de acest fel a început să activeze la Frankfurt la 1 ianuarie 1908.

37 Acest raport este citit de către Freudental în iulie 1907 la asociația juriștilor din Frankfurt. Aici propune: a transmite cauzele penale ale minorilor în competența judecătorilor de sector; să se includă un judecător specializat pe cauzele infractorilor sub vârstă în cadrul completului de judecată; a nu permite publicitatea categoriei respective de pricini ș. a. (Ă. B. Melinicova, *op. cit.*, p. 29).

38 *Idem*, p. 30.

39 O. Pop, *op. cit.*, pp. 6-7.

40 Aici enumerăm: Irlanda – 1904; Ungaria – 1908; Canada – iulie 1908; Italia – mai 1908; Austria – octombrie 1908; Portugalia, Rusia – 1911; Belgia – mai 1912; Spania – 1918; Polonia – 1919; Columbia – 1920; Grecia – 1924; Japonia – 1923; Iugoslavia – 1929; ș. a.

Internaționale a Magistraților în cauzele minorilor[41], astăzi organizație non – guvernamentală din cadrul O.N.U. Activitatea acesteia ia o amploare deosebită, în special, după adoptarea Declarației privind drepturile copilului (1959) cu apelul de a-i acorda protecție socială și a-i crea condiții necesare pentru o adecvată dezvoltare fizică, intelectuală, morală și spirituală.

Nu putem trece nici peste faptul că stabilirea unei definiții comune a delincvenței juvenile pentru toate statele s-a aflat pe ordinea de zi a lucrărilor primului congres al ONU pentru prevenirea crimei și tratamentul delincvenților (Geneva, 1955), apoi la Congresul II (Londra, 1960), însă nu s-a ajuns la un numitor comun, ci doar s-a propus ca termenul „delincvență juvenilă"[42] să fie folosit pentru faptele prevăzute de legea penală. Discuțiile au continuat și la Congresul al IV-lea (Caracas, 1980)[43].

De asemenea, la nivel internațional au fost întreprinse un șir de măsuri menite să combată fenomenul „copiii străzii" – fenomen care constituie o amenințare potențială a ordinii publice. Astfel, pentru stabilirea metodologiei de abordare a acestui fenomen, Grupul de Studiu al Consiliului Europei s-a întâlnit la Strasbourg de trei ori, și anume la 16-18 martie 1992, la 10-11 decembrie 1992, și la 28-30 iunie 1993. Din cercetările efectuate a rezultat că nu există vreun concept sau definiție a „copiilor străzii" care să fie în mod obișnuit agreat. De aceea, Grupul de Studiu a hotărât să adopte o descriere a fenomenului, propusă de o echipă de cercetare daneză, și nu o definiție în sensul logic al termenului, și anume:

„Copiii străzii sunt copii sub 18 ani, care trăiesc în mediul stradal pentru o perioadă mai lungă sau mai scurtă. Ei sunt copii care hoinăresc din loc în loc și care au grupurile asemenea lor și contacte în stradă. Oficial, acești copii pot avea drept adresă domiciliul părinților sau o instituție de ocrotire. Semnificativ este faptul că ei au contacte foarte puține sau chiar deloc cu acei adulți, părinți, școală sau instituții de ocrotire care au obligații față de ei". Rapoartele prezentate în rezultatul studiilor efectuate au scos în evidență că fenomenul „copiii străzii" prezintă o situație deosebită în Rusia și în SUA[44].

Actualmente, problema justiției cu referință la minori stârnește diverse opinii din partea teoreticienilor și practicienilor figurând, în principiu, părerea despre ineficiența acesteia. Încercările de a combate criminalitatea în rândurile puberilor lasă încă multe de dorit. S-a ajuns chiar la înaintarea unor alternative privind operațiile judiciare și extrajudiciare în direcția nominalizată. Pentru unele

---

41 Primul Congres al acestei Asociații, cu titlul „Asociația judecătorilor pe cauzele minorilor", a avut loc între 26-29 iulie 1930 la Bruxelles. Asociației i s-a acordat denumirea actuală abia la Congresul al V-lea, care a avut loc la Bruxelles în iulie 1958.

42 Expresia „*delincvență juvenilă*" provine din francezul „*deliquance juvenile*", desemnând devierile de la normele sociale și penale, comise de minori sub 18 ani supuși sancționării penale.

43 Șt. Lupan, *Delincvența sub aspectul cercetărilor interdisciplinare*, în Delincvența juvenilă: prevenire și recuperare: Conferința științifică a profesorilor Catedrei Asistență Socială și Sociologie din 15-16 ian., Chișinău, 2002, p. 11.

44 O. Pop, *op. cit.*, pp. 20-22.

state este specifică activitatea organelor alternative specializate când este vorba de minori. Considerentul: ele par să activeze mai eficient decât instanţele judiciare datorită faptului că îşi orientează activitatea în direcţia unui singur subiect – copilul[45]. Adepţii sistemului judiciar tradiţional critică o atare stare a lucrurilor luând drept argument faptul că la intervenţia alternativă lipseşte volumul necesar de garanţii ce ţin de drepturile şi interesele legitime ale copiilor. În privinţa acestora, multiplele modele de instanţe, de alternative juridice şi nejuridice de intervenţie complică formarea unei reprezentări unice despre funcţionarea şi realizarea justiţiei cu orientare spre minori.

Astfel pare să fie imposibil pur şi simplu a elucida nivelul protecţiei nevârstnicilor la rang mondial. O dovadă elocventă a preocupărilor constante manifestate pe plan mondial pentru prevenirea şi controlul delincvenţei juvenile o constituie cele opt congrese internaţionale, desfăşurate sub patronajul ONU în perioada 1955-1990. La ultimul congres desfăşurat la Havana, în august-septembrie 1990, unul dintre rapoartele prezentate în plenul congresului s-a referit la prevenirea delincvenţei juvenile, organizarea justiţiei pentru minori şi protecţia tinerilor[46]. Şi totuşi, astăzi, multe documente juridice internaţionale vizează garantarea drepturilor copilului. Actele normative în cauză au un caracter general fiind aplicate pe plan mondial sau regional şi referindu-se la state şi regiuni aparte. O.N.U[47]., de exemplu, a adoptat mai multe documente cu referinţă nemijlocită la drepturile copilului şi la principiile justiţiei realizate la acest paragraf: 1) Regulile minime cu privire la administrarea justiţiei pentru minori[48]; 2) Convenţia cu privire la drepturile copilului[49]; 3) Principiile directoare ale O.N.U. pentru prevenirea

---

45 În multe ţări, de exemplu, este utilizat un mecanism specific de reabilitare şi reeducare a minorilor delincvenţi şi vagabonzi - „satul pentru copii". Acest sistem de reeducare a fost implementat la iniţiativa umanistului austriac Gherman Gmainer. „Satul pentru copii" este compus din câteva case confortabile, în fiecare locuind câte un educator şi 7-8 copii de vârstă diferită. Finanţarea existenţei acestor „sate" este asigurată lunar de către 8 000000 de persoane din 120 ţări, care transferă lunar sume băneşti pe contul organizaţiei filantropice „SOS – Kinderdorf International" din Austria. (Mai detaliat despre aceasta a se vedea: V. Nichitina, *Dobrovolinîe mamî besprizornikov*, în Argumentî i factî, 15/1999, p. 20.)

46 O. Pop, *Aspecte criminologice privind delincvenţa juvenilă în perioada de tranziţie a României*, Editura Mirton, Timişoara, 2003, pp. 6-7.

47 Nu putem trece cu vedea activitatea UNICEF – organizaţie creată cu sprijinul ONU la 1946 în vederea ajutorării copiilor aflaţi în situaţii extreme.

48 Denumite „Regulile de la Beijing" ele au fost adoptate de Congresul al VII-lea al O.N.U. pentru prevenirea crimei şi tratamentul delincvenţilor, care şi-a ţinut lucrările la Milano (Italia) între 26 august şi 6 septembrie 1985. Regulile au fost aprobate apoi de către O.N.U. la 29 noiembrie 1985 prin Rezoluţia nr. 40/33. Ele prevăd că în soluţionarea cauzelor cu infractori minori trebuie să se apeleze cât mai puţin la serviciile competente, mai des recurgându-se la mijloacele extrajudiciare ca la un mijloc ce evită efectele negative ale procedurii judiciare asupra minorilor. Republica Moldova a ratificat aceste reguli prin Hotărârea Parlamentului nr. 408-XII din 12.12.1990.

49 Aceasta este adoptată de către Adunarea Generală a O.N.U. la 20 noiembrie 1989.

delincvenței juvenile[50]; 4) Regulile O.N.U. pentru protecția minorilor privați de libertate[51].

Cerințele formulate în documentele respective au menirea de a acorda ajutorul necesar organizațiilor de stat și obștești în elaborarea unui sistem uman de comportare față de minorii aflați în conflict cu legea. Prevederile pot fi de folos la soluționarea multor probleme legate de infracționalitatea minorilor și de aprecierea practicii de lucru în domeniu. Normele în cauză conțin numai cerințe obligatorii minime de aceea ar fi binevenite eforturile comune din partea statelor în scopul desăvârșirii acestora[52].

Astfel, cât de cât, „în cazul infractorilor minori, insuficiența lor de dezvoltare psihofizică, lipsa lor de experiență, atragerea cu mai multă ușurință la săvârșirea infracțiunilor, datorită lipsei de maturitate și a personalității incomplet formate, dar și posibilitatea sporită de reeducare, constituind imperativul ocrotirii acestei categorii de persoane, chiar în ipoteza comiterii de infracțiuni și a recuperării lor totale, a impus o reglementare specială a răspunderii penale a minorilor și a sancționării lor”[53].

Concluzii

Din motive conjuncturale, problema privind justiția juvenilă în antichitate și Evul Mediu trezește opinii contradictorii în rândul teoreticienilor. Ceea ce caracterizează justiția timpului este delimitarea slabă, uneori chiar nulă a normelor materiale de cele procesuale și excesiva fracționare a autorității judiciare. Efectuând o caracterizare în detaliu a sistemului și mecanismului de sancționare a minorilor în perioada Antichității și Evului Mediu, ajungem la concluzia lesne de înțeles că atunci nu exista încă o justiție juvenilă specifică și adecvată. Ideea finală a acestui studiu ține de faptul că anume epoca modernă și cea contemporană pune începutul formării unui sistem judiciar și a unor reglementări specifice în privința procesului penal în cauzele cu minori.

Referințe

Brezeanu O., *Minorul şi legea penală*, Editura All Beck, Bucureşti, 1998

---

50 Documentul mai este cunoscut și cu denumirea „Principiile de la Ryad”, după numirea localității în care și-a desfășurat lucrările Uniunea Internațională de experți care a elaborat proiectul principiilor. Acest proiect a fost întocmit pentru prevenirea crimei și pentru tratamentul delincvenților, adoptat fiind la cel de-al VIII-lea Congres al ONU cu lucrările în capitala Cubei (Havana) între 27 august și 7 septembrie 1990. Documentul conține recomandări pentru intervenții la diferite nivele de interes a tinerilor pentru a evita evoluțiile comportamentale nedorite.

51 Documentul este adoptat de asemenea la congresul al VIII-lea al ONU.

52 V. Cojocaru, *Tratamentul delincvenţilor minori în societatea contemporană*, în Revista Națională de Drept, 2001, nr. 2/2001, pp. 46-48.

53 A. Corcenco, *Noţiunea şi scopul pedepselor penale aplicate minorilor conform noului Cod penal*, în Revista Națională de Drept, nr. 12/ 2002, p. 37.

Celiţov-Bebutov M. A., *Curs ugolovno-proţessualinogo prava,* Editura Alfa, Sankt-Petersburg, 1995

Cernilovskii Z. M., *Hrestomatia po vseobşei istorii gosudarstva i prava*, Moscova, 1996

Cernilovskii Z. M., *Istoria rabovladelicescogo gosudarstva i prava,* Moscova, 1960

Cojocaru V., *Tratamentul delincvenţilor minori în societatea contemporană*, în Revista Naţională de Drept, nr. 2/2001

Corcenco A., *Noţiunea şi scopul pedepselor penale aplicate minorilor conform noului Cod penal,* în Revista Naţională de Drept, nr. 12/ 2002

Dicţionarul limbii române moderne, Editura Academiei RPR, Bucureşti, 1958

Drimba O., *Istoria culturii şi civilizaţiei,* Editura Saeculum, Bucureşti, 1998, Vol. 5

Laşcu M., *Cu privire la realizarea justiţiei juvenile în Republica Moldova*, în Delincvenţa juvenilă: prevenire şi recuperare: Conferinţa ştiinţifică a profesorilor Catedrei Asistenţă Socială şi Sociologie din 15-16 ian., Chişinău, 2002

Longinescu S. G., *Elemente de drept roman,* Vol. I, Bucureşti, 1927

Lupan Şt., *Delincvenţa sub aspectul cercetărilor interdisciplinare*, în Delincvenţa juvenilă: prevenire şi recuperare: Conferinţa ştiinţifică a profesorilor Catedrei Asistenţă Socială şi Sociologie din 15-16 ian., Chişinău, 2002

Melinicova Ă. B., *Iuvenalinaia iustiţia – problemî ugolovnogo prava, ugolovnogo proţessa i criminologhii,* Editura Delo, Moscova, 2000

Melinicova Ă. B., *Pravosudie po delam nesoverşennoletnih: istoria i sovremennosti,* Editura Nauca, Moscova, 2000

Nichitina V., *Dobrovolinîe mamî besprizornikov,* în Argumentî i factî, 15/1999

Peretz I., *Originile dreptului roman*, Editura Curierul judiciar, Bucureşti, 1915

Pop O., *Aspecte criminologice privind delincvenţa juvenilă în perioada de tranziţie a României*, Editura Mirton, Timişoara, 2003.

Pop O., *Implicaţiile delincvenţei juvenile*, Editura Mirton, Timişoara, 2003

Rusu V., *Particularităţi de procedură penală în privinţa infractorilor minori,* Teză de doctor în drept, Chişinău, 2003

Teodorescu I., *Minoritatea în faţa legii penale*, Editura Guttenberg, Bucureşti, 1928

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-7

Consideraţii teoretice privind asigurarea securităţii criminologice în statul de drept

Theoretical considerations regarding the assurance of criminological security in the rule of law

Alexandru Mariţ[1]

Rezumat: Tendinţele în creştere a criminalităţii în diferite ţări în ultimele decenii sunt un fenomen real ale cărui efecte nu pot fi ignorate de avocaţi, criminologi, sociologi sau psihologi sau de către oamenii legii şi prevenirea manifestărilor antisociale. apar în societate. În acest moment, se pun întrebări, se avansează ipoteze, se dezvoltă teorii, se caută soluţii şi se încearcă, pe cât posibil, să aducă la un numitor comun volumul de date şi informaţii despre fenomenul crimă.

Cuvinte-cheie: protecţie juridică; penal; fenomenul criminalităţii; comportament individual; securitate criminologică; „criminalitate-societate"; pericolul social; stat de drept

Abstract: Increasing crime trends in various countries in recent decades are a real phenomenon whose effects cannot be ignored by lawyers, criminologists, sociologists or psychologists or by law enforcement officials and the prevention of antisocial manifestations. occur in society. At the moment, questions are being asked, hypotheses are being advanced, theories are being developed, solutions are being sought and attempts are being made, as far as possible, to bring to a common denominator the volume of data and information on the phenomenon of crime.

Keywords: legal protection; criminal; crime phenomenon; individual behavior; criminological security; "crime-society"; social danger; rule of law

Introducere. Fenomenul criminalităţii implică o serie de probleme şi aspecte teoretice, reprezentând obiectul de studiu al mai multor discipline (criminologie, drept penal şi penologie, sociologia crimei şi criminalităţii, psihologie judiciară, medicină legală etc.), metodologice şi practice pentru cercetarea ştiinţifică, interesată de identificarea şi explicarea cauzelor şi condiţiilor care generează delicte şi crime în societate, dar şi de găsirea unor soluţii şi măsuri care să conducă la prevenirea şi diminuarea surselor potenţiale de criminalitate.

Constituind o formă specială de devianţă socială, criminalitatea include ansamblul manifestărilor antisociale, ilegale şi imorale cu un grad sporit de

[1] Profesor univ. dr., Academia de Studii Economice din Moldova, email: alexmarit@mail.ru.

gravitate socială, care transgresează și violează cele mai importante valori și relații sociale protejate prin normele penale (viața, persoana și integritatea acesteia, libertatea, proprietatea, sănătatea, familia, statul și siguranța acestuia etc.). Întrucât caracterele generate și speciale ale diferitelor delicte și crime ce alcătuiesc fenomenul criminalității sunt definite de normele penale, există diferențe de la o țară la alta și de la un sistem legislativ la altul, atât în privința circumscrierii și incriminării diferitelor acte antisociale, cât și în privința sancționării lor. Lipsa de uniformitate a diferitelor jurisdicții penale împiedică, de altfel, aducerea la un numitor comun a diferitelor tipuri de delicte și crime și de a le clasifica după un criteriu unic și unanim acceptat de specialiști. În consecință, dimensiunea juridică (penală) a criminalității este reducționistă și nu poate furniza detalii suplimentare despre specificul social și cultural al fenomenului și nici despre „coloratura" specifică fiecărui tip de delict sau crimă. Ea trebuie completată de dimensiunea sociologică (dar și criminologică și psihologică), cu ajutorul căreia se poate identifica și explica contextul social și cultural în care apar și se manifestă diferitele tipuri de delicte și crime și descifra cauzele și condițiile care generează sau potențează formele de criminalitate în diferite arii geografice și culturale.

Obiectul de studiu al studiului dat îl constituie un complex de chestiuni apărute din necesitatea de a evidenția caracteristicile sociale, generale și particulare, obiective și subiective ale mecanismelor de producere a diferitelor delicte și crime.

Scopul prezentului studiu constă în încercarea de a realiza o radiografiere și o diagnoză a fenomenului de criminalitate, explicând pericolul criminalității într-un stat de drept, precum și studierea rolului, pe care-l joacă statul de drept în asigurarea securității criminologice, relevând atât principalele caracteristici și particularități ale fenomenului în funcție de specificul diferitelor delicte și crime, cât și factorii și mecanismele de bază care generează sau favorizează asemenea acte antisociale.

Atingerea scopurilor sus-enumerate a determinat la scrierea studiului și abordarea și soluționarea următoarelor sarcini: definirea delincvenței și criminalității; explicarea semnificației sociale a devianței și criminalității; explicarea conceptului de criminalitate; estimarea și evaluarea fenomenului de criminalitate; resocializarea indivizilor delincvenți.

Materiale utilizate și metode aplicate. La elaborarea prezentei lucrări au fost studiat și utilizat cadrul normativ internațional, regional și național ce asigură protecția juridică a geneticii umane, precum și un vast cadru doctrinar în domeniul geneticii și a dreptului penal. Au fost folosite metodele: logică, comparativă, a analizei și sintezei, sistemică. În calitate de suport metodologic a cercetărilor a fost utilizată analiza sociologică, care a permis examinarea, utilizând cu precădere, concepte și noțiuni sociologice și apelând la studiile și cercetările sociologice clasice în acest domeniu. Dezbaterea diferitelor aspecte sociale, culturale și normative ale fenomenului de criminalitate, prin prisma metodelor comparativă; metoda istorică; metoda logică, în cadrul unei prezentări ample a concepțiilor, orientărilor și

paradigmelor mai importante, existente în sociologia criminalităţii din diferite ţări, conduce la formularea principalelor repere explicative şi metodologice care caracterizează criminalitatea în societatea contemporană, încadrată într-un stat de drept - ca fenomen de grup, cât şi ca manifestare specifică a comportamentului individual.

În cadrul studiului sunt prezentate şi analizate diferitele tipuri şi forme de tratament şi resocializare a indivizilor delicvenţi. Încercând să suplinească esenţa cercetărilor concrete în domeniul criminalităţii, lucrarea reuşeşte să ofere şi unele soluţii şi programe de prevenire şi combatere a acestui fenomen, avansate sau experimentate într-o serie de sisteme legislative din diferite ţări, insistând asupra diferitelor modalităţi şi forme de intervenţie, prevenţie şi tratament a crimei şi criminalilor, în contextul acţiunilor întreprinse la nivelul Consiliului european privind prevenirea şi tratamentul crimei şi recuperarea socială a criminalilor.

În calitate de suport teoretico-ştiinţific a cercetărilor au servit lucrările autorilor moldoveni, români şi ruşi: Sorin Rădulescu, Dan Baciu, Gheorghe Costache, Gheorghe Gladchii, Boris Negru, Bujor Valeriu, Igor Ciobanu, Pop Octavian, Aura Tudor, Tănăsescu I., Cioclei Valerian, etc.

Baza normativă a cercetărilor formează Constituţia Republicii Moldova, Codul procedură penală, Codul penal al Republicii Moldova.

Inovaţia ştiinţifică a studiului constă în analiza complexă cu caracter de întâietate a fenomenului de criminalitate şi corelaţia statul – criminalitate, furnizând, în opinia mea, o serie de repere orientative pentru o serie de practicieni, specialişti şi cercetători din domeniul sociologiei, psihologiei şi ştiinţelor juridice, dar în special pentru studenţii de la facultăţile de sociologie, drept şi psihologie, studiul nu reprezintă altceva decât un îndrumar sau orientare asupra posibilităţilor actuale de cunoaştere şi cercetare a fenomenului de criminalitate, precum şi o modalitate de reflecţie şi aprofundare a lor în viitor, prin desfăşurarea unor noi studii şi cercetări în care studiul criminalităţii este implicat în cel mai înalt grad.

Rezultate obţinute şi discuţii. Dezvăluind prin studiul dat, conţinutul şi esenţa fenomenului social cum este criminalitatea, concluzionăm că, e posibil a pătrunde în adâncurile acestui fenomen, de a-i explica corect geneza, a-i cunoaşte proprietăţile de bază şi legităţile de existenţă, precum şi tendinţele de dezvoltare, este posibil prin asigurarea ştiinţifică a măsurilor vizând combaterea criminalităţii. În caz contrar, ar fi imposibil a elabora măsuri adecvate privind pericolul fenomenului dat, măsuri eficiente de a supune criminalitatea şi de a asigura securitatea criminologică a societăţii. Tratată într-un aspect analitic-sociologic, asigurarea securităţii criminologice constă în activitatea instituţiilor de stat şi a societăţii civile, care are drept scop atingerea acelui nivel de siguranţă a intereselor vitale şi a altor interese esenţiale ale persoanei, societăţii, statului, nivel care să corespundă criteriilor de bază a securităţii criminologice posibile în condiţiile actuale.

Creşterea vertiginoasă şi nivelul ameninţător al criminalităţii, modificările periculoase în structura ei, pot avea urmări ireparabile pentru societatea statului de drept.

Premisa necesară eficacităţii măsurilor de control asupra criminalităţii este rezolvarea justă a problemelor legate de cunoaşterea esenţei fenomenului de crimă, aprecierea stării şi tendinţelor de creştere a criminalităţii; descoperirea determinantelor fenomenului în cauză, a factorilor şi împrejurărilor ce favorizează săvârşirea infracţiunilor; pronosticarea criminalităţii şi modelarea noii realităţi sociale în raport cu procesele economice, culturale ce derulează în societate; elaborarea concepţiei, strategiei de combatere a criminalităţii şi crearea unui sistem efectiv de combatere a infracţionalităţii.

Lupta împotriva criminalităţii presupune o activitate susţinută ştiinţific, deoarece fenomenul infracţional atât de complex nu poate fi contracarat şi anihilat, decât prin asemenea demersuri. Astfel, combaterea criminalităţii presupune o operă de profilaxie criminală, care să se materializeze într-o activitate de decimare şi reducere a cauzelor majore de factură criminogenă, folosindu-se mijloace diferenţiate, în funcţie de natura cauzelor care au determinat săvârşirea de infracţiuni.

De fiecare dată când o crimă poate fi prevenită înseamnă că s-a evitat suprimarea unei vieţi, virtuala victimă nu a mai devenit victimă, s-a evitat violarea unui drept, s-a menţinut starea de siguranţă şi confort civic. De aceea este mai important să iniţiezi potenţiala victimă în a-şi lua măsuri de autoprotecţie decât s-o protejezi ca victimă după comiterea crimei. Deci rezultă, că societatea trebuie să fie informată perfect asupra amplorii formelor şi localizării fenomenului criminal, ca şi asupra evoluţiei constante a diverselor sale aspecte. Cu toate acestea, în nici o ţară din lume nu este posibilă stabilirea acestor metode cu o precizie ştiinţifică riguroasă. Majoritatea metodelor de cercetare permit cunoaşterea criminalităţii legale; ele pot să releve o criminalitate aparentă, evident mult mai amplă, dar care nu permite apropierea, decât de departe, de criminalitatea reală când este vorba de criminalitatea globală. Menţionăm că o mare parte a criminalităţii reale scapă cercetătorilor, datele respective fiind cunoscute în general ca *„cifră neagră".*

Toate aceste probleme au un caracter pur practic, dar elaborarea lor presupune o solidă bază ştiinţifică, dar anume asigurarea teoretică a măsurilor de control asupra criminalităţii lipseşte. Cu regret, Republica Moldova rămâne unele din puţinele ţări unde nu se fac investigaţii criminologice fundamentale şi din acest motiv, prin mesajul prezentei lucrări voi încerca să pun o părticică din temelia bazei teoretice investigaţiei criminologice naţionale.

Prin acest studiu putem accentua existenţa problemei, fenomenului nominalizat şi încercând a determina într-o măsură oarecare paşii concreţi întru rezolvarea, contracararea acestei probleme, fenomen ca criminalitatea. E timpul să înţelegem: nu putem efectua un control asupra criminalităţii doar în baza bunului simţ, deoarece analiza fenomenului criminalitate, a cauzelor acestuia, elaborarea măsurilor de control şi securitate necesită cunoştinţe speciale. Cum nu pot fi ignorate legităţile economice în ştiinţă, aşa este inacceptabil a nu ţine cont de

legităţile dezvoltării, manifestării acesteia în combaterea criminalităţii şi asigurării securităţii criminologice în societate. Ignorarea lor ne costă scump.

Vorbind despre *statul de drept,* instrument de bază în asigurarea securităţii criminologice în societate, studiul apariţiei, evoluţiei şi dezvoltării criminalităţii sociale, precum şi prevenirea ei nu o putem face fără a studia statul şi dreptul care sunt sursa, mediul de unde ea naştere acest fenomen.

Studiul statului şi a dreptului nu poate fi conceput fără o viziune istorică asupra apariţiei şi evoluţiei normelor juridice, întrucât fenomenul juridic şi statul, care este un produs social, derivă din societate, şi care îşi găsesc suportul în relaţiile interumane fiind legat de evoluţia şi particularitatea acestor relaţii pe întreg parcursul dezvoltării civilizaţiei şi culturii umane[2].

Caracterul normativ al dreptului este axiomatic. Nu există îndoială că dreptul, cel puţin într-un prim înţeles, este o regulă de conduită socială prin care se ordonează şi se armonizează raporturile dintre oameni. El reprezintă un comandament al societăţii statale adresat membrilor care o compun, luaţi ca indivizi sau constituiţi în colectivităţi şi a căror conduită trebuie să fie conformă cu acest comandament. Este vorba de un ansamblu de reguli directoare elaborate, până la urmă, prin forţa coercitivă a statului. Această regulă este elementul primar al unui sistem întreg, al unui corp de norme obligatorii şi care alcătuind „cartea vieţii în comunitate", cum se exprimă Louis Josserand, constituie dreptul pozitiv. Întreaga viaţă socială se desfăşoară într-un cadru normativ, fără de care societatea ar fi prada anarhiei, a violenţei, criminalităţii şi egoismului individual. Acest cadru nu este alcătuit numai din reguli de drept. Sistemul social se întregeşte cu reguli morale, religioase, politice, care adesea se suprapun, se întrepătrund, se completează sau pot intra chiar în contradicţie. Parte integrantă a acestui sistem social normativ, în care se contopeşte fără să-şi piardă identitatea, dreptul urmează a fi cercetat în raport cu statul, cu politica, cu morala şi religia.

Vorbind despre *noţiunea de securitate criminologică,* trebuie să menţionam că eşecurile încercărilor de a stabili un control asupra criminalităţii şi de a elabora mecanisme corespunzătoare, cu adevărat eficace, constituie un motiv suficient pentru a afirma că la noi lipseşte însăşi ideologia de contracarare şi control asupra criminalităţii. Mai mult decât atât, multe aspecte ale bazelor conceptuale privind combaterea criminalităţii s-au învechit şi nu mai sunt funcţionale.

Asigurarea ştiinţifică a măsurilor vizând combaterea criminalităţii nu poate fi numita satisfăcătoare în Republica Moldova. Aceasta se întâmplă nu doar din vina oamenilor de ştiinţă. În mare parte, responsabile de această situate sunt organele puterii şi cele administrative (inclusiv şefii organelor de ocrotire a ordinii de drept, ai instanţelor de judecată etc.), a căror misiune este de a obţine recomandări respective din sfera ştiinţifică, pentru a acorda ulterior societăţii, instituţiilor statului şi celor sociale baze conceptuale sigure şi o ideologie contemporană de combatere a criminalităţii.

---

[2] M.V. Dvoracek, Ghe. Lupu, *Teoria Generală a Dreptului,* Editura „Chemarea", Iaşi, 1996, p. 62.

Acum este importantă încercarea de a da un impuls înnoirii arsenalului de idei criminologice conceptuale, de a depune eforturi întru pregătirea fundaţiei pentru o astfel de schimbare.

Se înţelege de la sine că anume teoria criminologică este aceea care trebuie să direcţioneze procesul de căutare a unor noi căi conceptuale de sporire a eficacităţii luptei contra criminalităţii. De fapt, eficacitatea realizării măsurilor de combatere a criminalităţii poate fi asigurată doar în baza unei teorii solide care, la rândul ei, poate fi creată pe fundaţia teoriei criminologice - ştiinţă, al cărei obiect îl constituie crima ca fenomen social, legităţile apariţiei şi existenţei crimei în societatea umană, cauzele criminalităţii, alţi factori, care determină şi favorizează comiterea crimelor, particularităţile personalităţii criminalului, consecinţele sociale ale criminalităţii, inclusiv problemele victimelor şi prevenirea.

Actualmente este evidentă necesitatea reconsiderării problemei „criminalitate-societate" din perspectiva conceptelor şi a termenilor folosiţi în teorie şi practică pentru definirea activităţilor din sfera supusă analizei. Nu se cere a dovedi că în umbra fiecărei noţiuni sau termen se află o idee bine definită despre direcţia unei atare activităţi, despre scopurile, sarcinile, punctele de aplicare ale acesteia etc.

Iată de ce este indispensabilă analiza termenilor şi a potenţialului acestora, care determină posibilităţi atât pentru activităţi practice, cât şi teoretice. Este vorba, în primul rând, de tendinţa de a îmbogăţi arsenalul mijloacelor ştiinţifice cu noţiuni adecvate care ar reflecta complexitatea realităţii, prin intermediul cărora am putea să ne aprofundăm cunoştinţele nu numai despre procesele criminale, ci şi despre scopurile privind combaterea acestui fenomen.

În literatura ştiinţifică şi în publicistică, în vocabularul profesionist şi în cel de uz general s-a format şi se utilizează un număr mare de termeni şi noţiuni care reprezintă diferite variaţii şi aspecte ale practicii sociale legate de reacţia societăţii, a statului şi a instituţiilor lui la existenţa criminalităţii. Numim doar câteva dintre aceştia: *politica penală şi politica criminologică de combatere a criminalităţii, contracararea criminalităţii prevenirea (profilaxia) crimelor, preîntâmpinarea şi curmarea săvârşirii infracţiunilor, strategia şi tactica de luptă contra criminalităţii* etc. Pre-cum ştim, termenii nominalizaţi s-au înrădăcinat în mediul specialiştilor. Ba mai mult decât atât: ei şi-au demonstrat vitalitatea şi au devenit în mod justificat o parte organică a activităţii juriştilor care se ocupă de soluţionarea problemelor criminologice aplicate. Recunoscând dreptul la existenţă al termenilor numiţi mai sus, afirmăm, totuşi, că fiecare dintre ei, luaţi în parte şi chiar în totalitatea lor, nu redau adecvat şi plenar principalul scop al societăţii şi al statului vizând activitatea de contracarare a criminalităţii. Într-o anumită măsură, aceşti termeni exprimă în mod nesatisfăcător menirea principală, scopul primar al activităţii organelor de drept.

În acest sens, în opinia noastră este oportună introducerea în circuitul ştiinţific a unor noţiuni, cum sunt: *securitatea criminologică şi asigurarea securităţii criminologice.*

Introducerea în larga circulaţie ştiinţifică şi practică a acestor noţiuni cere specificarea noţiunii de *securitate* care, la rândul său, include un număr de noţiuni-

cheie, cum ar fi: *pericol criminologic, interese vitale, valori naţionale, mod naţional de viaţă, interese criminale, ameninţări* etc.

Trebuie sublimat că *securitatea,* sub toate manifestările sale, inclusiv cea publică (socială), care include și securitatea criminologică face parte din valorile fundamentale și au o importanță majora, a căror protecție este garantată de Constituția Republicii Moldova[3].

Așadar, prin *securitate criminologică* înțelegem *starea obiectiva de protecţie a intereselor vitale şi a intereselor de altă natură ale persoanei, ale societăţii şi ale statului; a valorilor naţionale; a modului naţional de viaţă împotriva atentatelor criminale şi a pericolului acestor atentate cauzat de diferiţi factori criminogeni (fenomene şi procese), de activitatea criminală şi de interesele criminale. Securitate criminologică înseamnă şi conştientizarea de către cetăţeni a acestei protecţii contra pericolului criminal (sau a atentatelor criminale).*

Totuși, dacă ignorăm schemele și situațiile ideale și luăm în considerare doar condițiile reale, noțiunea de securitate criminologică devine una relativă și nu absolută. Pericolul criminal, precum și manifestările infracționale reale vor exista atât timp cât există societatea umană. De aceea ar fi greșit să ne imaginăm că ar putea exista o stare de securitate în care să lipsească, cu desăvârșire, riscul și pericolul, fără manifestări de comportament antisocial, criminal. O atare situație este, practic, exclusă. În același timp, este acceptabil a reflecta asupra magnitudinii acestui pericol, asupra condițiilor care ar reduce-o la nivelul minim posibil, asupra asigurării acelor condiții, în care starea și dinamica criminalității să reacționeze prompt și adecvat la eforturile anticriminogene ale societății și ale statului, canalizând-le în direcția spre care râvnește statul și societatea.

Cele relatate mai sus ne permit să formulăm încă o definiție a asigurării securității criminologice. Ea constituie *activitatea statului, a societăţii şi a instituţiilor acestora întemeiate pe principiile programării şi planificării, având scopul să atingă un asemenea nivel de protecţie a intereselor vitale şi a intereselor de altă natură ale persoanei, societăţii şi statului, care să corespundă criteriilor de bază ale securităţii criminologice posibile în condiţiile istorice respective.*

Încercăm să dăm un răspuns, cât de cât concret, la întrebarea despre condițiile sociale reale care stau la baza celor două noțiuni studiate și care este valoarea acestor noțiuni pentru știința și practica criminologică. Principalele considerente în această privință sunt, ar fi, următoarele:

În primul rând, este vorba de noțiuni complexe, integrale, al căror conținut social și juridic cuprinde aproape toate orientările activităților legate de contracararea criminalității, de crearea condițiilor menite să împiedice apariția acesteia, dar și a obiectelor și subiectelor activității anti criminale (adică a tot ceea ce ține de obiectul de studiu al criminologiei). Doar o astfel de abordare complexă face posibilă atingerea unui nivel real de securitate criminologică.

[3] M. Babaev, V. Bujor, Studii şi comunicări privind noţiune de securitate criminologică, Revista de criminologie, drept penal şi criminalistică, nr. 1-2, 2003, p. 14.

În al doilea rând, termenii de securitate criminologică şi de asigurare a securităţii criminologice, spre deosebire de termenii de combatere a criminalităţii, politica de combatere a criminalităţii etc., conţin nu doar definirea caracterului acestei activităţi, ci şi a scopului, şi a rezultatului – starea de securitate criminologică a obiectului respectiv.

Bineînţeles că printre termenii tradiţionali se află, de asemenea, cei cu un conţinut analogic. De exemplu, *prevenirea* şi *curmarea infracţiunii* sunt termeni care conţin scopul şi rezultatul scontat al activităţii. Dar este evident că toţi aceşti termeni sunt inferiori sub raportul complexităţii termenului de securitate criminologică.

În al treilea rând (această teză este legată direct de cea anterioară), noţiunea de securitate criminologică şi asigurarea ei redirecţionează sensul *de la obiectul atacului* (criminalitatea) *spre obiectul supus apărării:* persoana, societatea, statul, cărora şi trebuie, de fapt, să le fie garantată securitatea criminologică.

Combaterea criminalităţii, prevenirea crimelor, prevenirea victimologică, formarea strategiei şi tacticii de luptă contra criminalităţii nu sunt scopuri în sine ale eforturilor depuse de societate, ci sunt metode de atingere a scopului, a stării de securitate criminologică. Reducerea numărului de infracţiuni dintr-o zonă geografică concretă este un scop magnific, demn de toată lauda, dar aceasta ar fi eficient doar în cazul în care atare activitate duce la crearea unor condiţii de viaţă mai puţin primejdioasă pentru populaţie, la diminuarea pagubelor aduse populaţiei şi economiei de către criminalitate etc. Însă dacă numărul de crime se micşorează, dar ele devin mult mai periculoase, mai impertinente, având consecinţe mai dăunătoare, ducând la sporirea tensionării în societate, la senzaţia de pericol, atunci scopurile eforturilor sociale depuse la înjugarea criminalităţii nu vor fi atinse.

Au fost evidenţiate, cele mai importante argumente care susţin ideea despre dreptul la existenţă şi despre neîndoielnica utilitate a noţiunilor de securitate criminologică şi de asigurare a securităţii criminologice. Mai poate fi menţionat doar că nu este vorba, exclusiv, despre semnificaţia teoretică a noţiunilor în cauză. Aceste noţiuni de ansamblu sunt, negreşit, capabile să lărgească viziunea specialiştilor şi să-i ajute în combaterea conceperii nejustificat de înguste şi unilaterale a aspectelor ce ţin de organizarea luptei contra criminalităţii, a prevenirii crimelor, şi reducerii intensităţii proceselor criminale.

Să examinăm noţiunile şi categoriile care formează totalitatea structurii interne a securităţii criminologice şi conţinutul activităţii de asigurare a acesteia.

Obiectul securităţii criminologice îl constituie interesele vitale, drepturile şi libertăţile, viaţa şi sănătatea cetăţenilor, proprietatea, instituţiile statale şi sociale, a căror funcţionare asigură prevenirea crimelor şi protecţia contra atentatelor criminale.

Pericole pentru securitatea criminologică reprezintă, în primul rând, criminalitatea sub toate formele sale, ansamblul de cauze şi condiţii ce o determină şi care creează un pericol criminal real sau potenţial asupra obiectelor securităţii criminologice, totalitatea factorilor care pun în pericol interesele vitale ale persoanei, societăţii sau ale statului.

Subiecţi ai asigurării securităţii criminologice sunt toate elementele structurii sociale: statul reprezentat de puterile legislativă, executivă şi judecătorească, organele autoadministrării locale, cetăţenii, organizaţiile obşteşti etc., care iau parte la asigurarea securităţii criminologice.

Sistemul de asigurare a securităţii criminologice reprezintă totalitatea subiecţilor asigurării securităţii criminologice, a măsurilor politice, juridice, organizaţional- economice, ştiinţifice etc. orientate spre menţinerea unei securităţi criminologice socialmente acceptabilă; asigurarea financiară, cu resurse tehnice şi materiale etc. a acestor măsuri.

Scopul asigurării securităţii criminologice este crearea şi menţinerea unui nivel socialmente acceptabil şi maximum posibil al securităţii criminologice în condiţiile sociale concrete (corespunzătoare).

Activitatea de asigurare a securităţii criminologice include totalitatea măsurilor economice, politice, juridice, organizaţionale ce include: apărarea contra atentatelor criminale asupra drepturilor constituţionale, a libertăţilor, a inviolabilităţii persoanei şi a proprietăţii; asigurarea eficacităţii activităţii sistemului subiecţilor de prevenire a criminalităţii; prevenirea ameninţărilor şi riscurilor criminale pentru a asigura o stare socialmente acceptabilă de securitate criminologică; reacţia adecvată la apariţia ameninţărilor criminale şi a zdruncinării stării socialmente acceptabile de securitate criminologică; înlăturarea şi minimalizarea consecinţelor infracţionale.

Astfel, intensitatea activităţii în cauză depinde în mare măsură de ameninţările (pericolul) faţă de securitatea criminologică, de gravitatea şi magnitudinea abaterii de la starea socialmente acceptabilă a acesteia. Introducerea în circulaţia ştiinţifica a noţiunilor de *securitate criminologică şi de asigurare a securităţii criminologice* are ca scop nu doar dezvoltarea ştiinţei criminologice, ci şi îmbogăţirea practicii de contracarare a criminalităţii, oferă noi posibilităţi vizând asigurarea ştiinţifică a măsurilor de protecţie contra criminalităţii.[4]

Vorbind despre esenţa şi *pericolul social al criminalităţii în statul de drept*, atestăm că în majoritatea manualelor de criminologie, criminalitatea este definită ca „reprezentând un ansamblu de crime săvârşite de infractori pe un teritoriu concret şi într-o anumită perioadă". Pe noi nu ne pot satisface însă definiţiile ce pretind la o ţinută ştiinţifică, în care, sunt relevate doar manifestările cantitative (exterioare, empirice) ale fenomenului social. În atare definiţii nu este indicată esenţa fenomenului crima.

În fine, cunoştinţele criminologilor reflectă o anumita treaptă de cunoaştere a esenţei criminalităţii, anume treapta accesibilă raţiunii savantului criminolog, dar care însăşi depinde de nivelul lor de pregătire şi de conştiinţa ştiinţifică. Probabil, din punct de vedere filosofic, o asemenea stare de lucruri e normală, doar esenţa are diferite niveluri de aprofundare nu numai în plan

[4] M. Babaev, V. Bujor, *op. cit.*, p. 16.

ontologic, ci şi gnoseologic. Deci ea are treptele sale şi cunoaşterea începe întotdeauna de la esenţa unui nivel la o esenţă mai profundă a lucrurilor.

Se ştie că orice fenomen social este alcătuit dintr-un ansamblu (totalitate) de fapte, însă e necesar a reţine că un fenomen social ia naştere şi se manifestă prin intermediul acestei totalităţi de fapte izolate. Din statistica criminologiei cunoaştem că ea are ca obiect de studiu anume latura cantitativă a fenomenului crima (nivelul, structura, dinamica)[5], iar din dreptul penal cunoaştem că în cadrul acestei discipline juridice este studiată manifestarea empirică, descrisă în componenţă de infracţiune, adică crima ca fapt social (infracţiunea).[6]

Orice fenomen social are două laturi, esenţa (latura calitativă) şi manifestarea empirică (latura cantitativă), şi de aceea e necesar a cunoaşte atât esenţa socială, cât şi latura perceptibilă (obiectivă, naturală) a fenomenului studiat.[7]

În studiul nostru vom încerca, în limita posibilităţilor, a pătrunde în esenţa crimei ca fenomen social (criminalităţii).

După caracterul şi conţinutul său exterior (obiectiv), comportamentul ilicit coincide cu cel legitim.

Orice crimă există numai ca un act (acte, activitate) cu un caracter volitiv şi îndreptat spre realizarea unui interes sau spre satisfacerea unei necesităţi. Deci, manifestarea empirică a oricărei infracţiuni reprezintă un comportament intelectual-volitiv îndreptat spre un anumit scop şi care provoacă o daună reală subiecţilor relaţiilor sociale. Manifestarea empirică a faptelor, particularităţile şi însuşirile acestora nu depind însă de sistemul relaţiilor sociale. Această manifestare arată doar semnele materiale proprii comportamentului criminal, dar nu dezvăluie esenţa crimei. Dar, alături de pericolul material, crima mai are şi o astfel de însuşire cum este pericolul social. Anume pericolul social constituie caracteristica socială propriu zisă a crimei. După cum se ştie, pericolul social al crimei poate fi definit numai ca un pericol al faptei pentru sistemul relaţiilor sociale, astfel încât caracteristica socială a crimei este determinată doar de tipul sistemului de relaţii sociale dominante în societatea dată. Acest lucru este uşor a-1 înţelege cunoscând ca o categorie cum e socialul reflectă o atare însuşiri ale obiectelor, lucrurilor sau fenomenelor ce caracterizează utilitatea sau dauna lor din punctul de vedere al subiecţilor relaţiilor obşteşti: al individului izolat, al grupurilor şi al claselor sociale.

Una şi aceeaşi faptă, după caracteristica sa obiectual-materială poate fi dăunătoare în cadrul unui sistem de relaţii sociale, în timp ce în alt sistem ea nu va avea această trăsătură. De aceea nu trebuie confundată asemenea însuşire, cum este pericolul social al faptei, cu obiectivitatea daunei. Pericolul social, care reprezintă o trăsătură calitativă a crimei, nu poate fi sesizat, perceput cu ajutorul organelor de simţ, ci numai înţelegând dauna, prejudiciabilitatea faptei în raport cu stabilitatea şi dezvoltarea normală a sistemului social.

---

5 V. Bujor, *Bazele staticticii criminologice*, Editura Literatura Juridică, Chişinău, 1995, p. 35.

6 L. Barac, *Constante şi variabile dreptului penal*, Editura All Beck, Bucureşti, 2001, p. 30-47.

7 Горбуза А., Сухарев Е., Структура преступления//Вопросы совершенствования уголовно-прововых норм на современном этапе., Свердловск, 1986, p. 10-23.

Aşadar, comportamentul uman include acţiuni similare, care nu pot fi divizate în criminale şi noncriminale, în afara vreunui criteriu subiectiv. Prin urmare, acţiunile nu sunt criminale sau non-criminnale, există altceva care le conferă atare calitate.

Orice interes generează o atitudine faţă de lucruri. Această atitudine este în conformitate cu interesul. Criteriul folosit pentru aprecierea lucrurilor îl constituie utilitatea, privită în raport cu interesul. Astfel, luând ca premisă utilitate, unele fapte sunt calificate drept nedorite şi chiar periculoase în raport cu interesul. Şi dacă interesul personal determină o atitudine personală, atunci interesul general determină o atitudine generală. Anume aceasta din urmă şi este acel ceva care conferă acţiunii conţinut fie pozitiv, fie negativ. În consecinţă, interesul general, prin atitudinea sa faţă de anumite acţiuni, declară unele fapte drept indezirabile, adică periculoase pentru comunitatea dată. Anume ele, o dată cu apariţia statului şi dreptului, poartă stigmatul de *crime.*

Este incontestabil faptul că orice acţiune umană are drept scop satisfacerea unei necesităţi sau realizarea unui interes. Necesitatea, indiferent cum este privită: fie ca trebuinţă, fie ca interes, este inerentă existenţei umane. Necesitatea neconştientizată sau conştientizată (interes) constituie mobilul fundamental al activităţii umane. Totul ce se face se face în vederea atingerii acestor scopuri. Dat fiind faptul că atât crimele, cât şi non-crimele sunt acţiuni similare care diferă doar prin atitudinea pe care o comportă interesul general, putem afirma că crimele au drept scop satisfacerea unor necesităţi sau realizarea unor interese egoiste.

Într-adevăr, pericolul social al crimei, după cum am menţionat, se manifestă ca o daună a faptei pentru sistemul relaţiilor sociale dominante în societatea concretă.

Faptele indezirabile stigmatizate drept crime constituie un anumit diapazon în anvergura acţiunilor umane. Acest diapazon formează cadrul crimelor. Cu cât interesul general califică mai multe fapte drept indezirabile, cu atât mai mult şi cadrul crimei se lărgeşte, devine mai voluminos.

Ne punem din nou întrebarea: în ce constă pericolul crimei pentru sistemul relaţiilor sociale?

Răspunsul la această întrebare va fi, totodată, şi răspunsul la o alta întrebare, şi anume: În ce constă esenţa crimei ca fenomen social?

Pentru a afla răspuns, adică pentru a dezvălui esenţa crimei (sau a pedepsei) necesare cunoaşterea esenţei statului şi dreptului ca fenomene sociale, precum şi dezvăluirea dependenţelor dintre aceste fenomene mediate de încă un fenomen social – interesul.[8]

Apariţia societăţii reprezenta un rezultat al modificărilor survenite în condiţiile de existenţă ale indivizilor, o consecinţă obiectivă a stării de lucruri. Societatea constituie un fenomen distinct, cu o esenţă proprie care îşi pune amprenta pe procesele ce decurg din ea.

---

[8] V. Bujor, O. Bejan, *Problema interesului în criminologie//Studii criminologice şi juridice privind criminalitatea:* anuar şt., Academia de Poliţie. Ed. a 2-a, Chişinău, 2001, pp. 55-63.

În ultima analiză, societatea poate fi concepută drept un ansamblu de relaţii sociale, ce apar între indivizi şi grupuri de indivizi, în procesul de satisfacere a necesităţilor şi de realizare a intereselor.

Pornind de la faptul ca orice coexistenţă umană trebuie privită ca un ansamblu de relaţii, putem afirma că, dacă turma sau oricare altă comunitate formează o totalitate de relaţii relativ haotice, atunci societatea un sistem de relaţii coerente, adică relaţii ce se disting printr-un grad sporit de regularitate. Ceea ce înseamnă că procesele care decurg în societate sunt în conformitate cu legităţile proprii acestui sistem, că ele trebuie privite ca ceva obiectiv, ca cele derulate în societate şi nu al unor forţe externe, ca esenţa fenomenelor sociale trebuie căutată în acest sistem, în societatea concretă ca fenomen social distinct.

Apariţia interesului general este determinată de evoluţia condiţiile de existenţă ale indivizilor. Conţinutul acestei evoluţii cuprinde divizarea muncii, moment crucial în destinul uman. De menţionat că pe oameni îi uneşte ceva comun şi anume interesul pe care, prin definiţie, îl şi numim general.

Condiţiile de viaţă ale oamenilor sunt într-o perpetuă modificare. Fiindcă interesul general derivă din condiţiile de existenţă ale indivizilor, adică din relaţiile proprii unei conjuncturi concrete, rezultă că el, simultan cu condiţiile, se modifică. Interesul general are o atitudine proprie faţă de faptele sociale. În consecinţă, constatăm că, o dată cu modificarea interesului general, se schimbă şi cadrul crimelor, prin urmare, diferă caracterul libertăţii personale şi beneficiarii libertăţii.

În societate, relaţiile de producţie, distribuţia mărfurilor şi schimbul de valori materiale şi intelectuale sunt de aşa natură încât ele generează interese diferite şi în acelaşi timp contradictorii. La un anumit nivel de dezvoltare a relaţiilor sociale, apare necesitatea de a asigura coexistenţa acestor interese. La această etapă şi în atare condiţii ia naştere, obiectiv şi cu necesitate, *statul,* care este chemat a asigura coexistenţa si armonia intereselor particulare. Apariţia statului a reprezentat un interes general. Evident, din acel moment, statul îşi asuma monopolul asupra interesului general. Drept urmare, în competenţa exclusivă a lui intră stigmatizarea faptelor. Acum statul, în vederea asigurării coexistenţei intereselor, decide care fapte trebuie sancţionate şi care stimulate, prin urmare, care sunt crime şi care nu.

Aşadar, statul este chemat a crea condiţii favorabile unei realizări echitabile a intereselor tuturor membrilor comunităţii sociale, iar apariţia lui a constituit o necesitate obiectivă de a menţine ordinea şi pacea în societate, adică de a menţine o armonie socială. Statul devine acel mecanism (apărat) care exprimă, în mod sintetic, interesele şi voinţa indivizilor, reglementând, în numele lor, cele mai valoroase relaţii sociale.

În temeiul destinaţiei conferite, statul reglementează relaţiile sociale, învăţând subiecţii raporturilor juridice cu drepturi subiective şi obligaţii obiective. Astfel, statul aşteaptă de la indivizi un anumit comportament prin care ei, realizând-şi interesele şi propriile necesităţi, ar respecta acele limite instituite ce nu permit a fi lezate interesele altor indivizi sau ale comunităţii însăşi.

Statul guvernează în societate prin intermediul dreptului şi este interesat ca legile sale să fie (strict) reglementate, iar ordinea de drept şi deci condiţiile ce facilitează în mod optim realizarea intereselor membrilor societăţii (cetăţenilor statului) să nu fie schimbată.

Nerespectarea legii şi săvârşirea unei crime se manifestă obiectiv ca o încălcare a ordinii de drept instituită de stat, fiind periculoasă pentru el însuşi, în calitate de agent de administrare, prin prejudiciul politic cauzat intereselor puterii publice.

Aceeaşi diferenţă de interese menţionată, coroborată cu natura fiinţei umane, este fatală şi pentru evenimentele ce urmează. Treptat, statul începe să fie perceput ca un mijloc de realizare, de impunere a interesului particular (de grup, clan, de partid etc.). Oamenii devin conştienţi de faptul că prin intermediul statului pot fi realizate (impuse) propriile interese. Totuşi, interesul particular iniţial obţine acces la stat doar în anumite condiţii. Pentru ca interesul particular să obţină acces la stat, a fost necesar a ridica acest interes la rang general. Cu alte cuvinte, evenimentul a avut loc doar atunci când majoritatea membrilor au interpretat un interes particular ca pe unul general. În condiţiile existente, un atare interes particular părea general prin faptul că el convenea majorităţii, care însă nu era general. Apare un nou interes - *interesul dominant.* Interesul dominant reprezintă interesul particular ridicat la rang de unul general şi el nu trebuie confundat nici cu unul, nici cu altul. Să nu uităm că dreptul, În esenţă, nu este altceva decât voinţa deţinătorilor puterii ridicată în rang de lege, aceasta din urmă având ca izvor, în primul rând, interesele economice şi politice.

Din momentul dat, statul realizează stigmatizarea faptelor de pe poziţiile interesului dominant. Astfel, interesele care contravin interesului dominant, şi pun în pericol existenţa acestuia, sunt calificate drept crime. Statul devine un aparat care apără interesul dominant prin normele juridice, adică creează condiţii favorabile realizării lui, iar dreptul, apărut în consecinţă şi care are ca izvor interesele, în primul rând, economice şi politice ale deţinătorilor puterii, reprezintă voinţa acestora ridicată la rang de lege.

Prin urmare, crimele sunt comise pentru a realiza un interes particular neglijat de interesul dominant. Fiind o expresie a relaţiilor sociale existente, ele sunt determinate de însăşi societatea în care se produc. Într-adevăr, o dată ce individul acţionează în vederea realizării vreunui interes, iar acesta este determinat de condiţiile de viaţă ale individului, adică de relaţiile sociale existente, rezultă că crimele au un substrat obiectiv, fiind determinate de relaţiile sociale prezente. Astfel, crima constituie nu altceva decât o negare de către un individ a valorilor sociale dintr-o societate concretă. Crima reprezintă o negare a intereselor şi a voinţei exprimate în lege şi apărată de stat, manifestând-se prin realizarea samavolnică şi ilicită a propriei voinţe şi a propriilor interese. Crimele atestă, de fapt, decalajul dintre interesul general şi interesul dominant. Iată de ce, cu cât statul, realizând interesul dominant, va neglija mai mult interesele particulare neexprimate de interesul dominant, cu atât mai mult realitatea socială îi va determina pe membrii societăţii să şi le realizeze samavolnic. Atare realizare nu

poate fi calificată decât ca o atitudine de negare a ordinii existente, de contestare a ignorării pe care o manifestă statul. Individul este impus de condițiile create de stat, prin reglementarea relațiilor, la samavolnicie. De aceea, *prin crimă, spre deosebire de alte încălcări de lege, individul, realizând-şi interesul egoist, nu încalcă pur şi simplu legea. El neagă, prin fapta sa, legea, neagă dreptul subiectiv al altui individ, neagă interesul acestuia din urmă, instaurând-ş impropriul interes şi propriul "drept". Totodată, individul neagă, prin fapta sa, obligaţiile de a respecta legile statului, neagă voinţa, acestuia, adică, voinţa proprie (individuală) o contrapune voinţei "dominante", interesul egoist îl contrapune interesului "dominant", samavolnicia o contrapune legii.* Tocmai de aceea e veridică afirmația precum că criminalitatea constituie un proces de modificare, de dezorganizare a sistemului relațiilor sociale prin care se manifestă atitudinea de negare a ordinii de drept. Crimele, în ansamblu formează, un proces orientat spre dezorganizare, spre modificare a acelor relații sociale care nu permit individului, prin ordinea instituită de stat, a-și realiza interesele particulare. Așadar, atâta timp cât statul, realizând interesul dominant, va ignora celelalte interese din societate, orice "luptă" contra criminalității va fi zadarnică.

Aici, se cere subliniat că criminalitatea, ca una dintre patologiei sociale, pune în pericol însăşi existenţa sistemului social, introduce în el elemente ce-l dezorganizează şi-l dezechilibrează, subminând cele mai importante condiţii de existenţă a societăţii. În acelaşi timp, criminalitatea are ca funcţie indicarea contradictorie şi disfuncţiilor în viaţa organismului social, fiind un fel de indicator al stării societăţii la etapa respectivă a dezvoltării istorice.

În cest context trebuie precizat că fiecare societate se va deosebi prin starea și nivelul, prin specificul de manifestare a fenomenului crimă, fapt ce depinde direct de structura social-economică, de particularitățile naționale și cutumă, de factorii demografici, politici și juridici, de stare, etică-morală a societății. Cu alte cuvinte, fiecare societate își are criminalitatea și criminalii pe care îi merită.

Cele expuse mai sus, permit a defini crima prin prisma evidențierii esenței acesteia.

Crima, în viziunea noastră, reprezintă o categorie criminologică utilizată pentru a releva un raport social real și anume samavolnicia individuală, adică negarea de către un individ a valorilor sociale apărate prin mijloace de drept penal sau cu alte cuvinte: crima reprezintă negarea intereselor și voinței dominante în societatea dată, exprimate în lege și apărate de stat, este realizarea samavolnică și ilicită a propriei voințe și a intereselor egoiste.

Referințe

Babaev M., Bujor. V., *Studii şi comunicări privind noţiunea de securitate criminologică*, Revista de criminologie, drept penal și criminalistică, nr. 1-2, 2003

Barac L., *Constante şi variabile dreptului penal*, Editura All Beck, București, 2001

Bujor V., *Bazele statisticii criminologice*, Editura Literatura juridică, Chișinău, 1995

Bujor V., Bejan O., *Problema interesului în criminologie, Studii criminologice şi juridice privind criminalitatea*: anuar șt., Ed. a 2-a, Academia de Poliție, Chișinău, 2001

Dvoracek M., Lupu Ghe., *Teoria Generală a Dreptului,* Iaşi, Editura Chemarea, 1996

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-8

Săvârșirea infracțiunii de violare de domiciliu cu folosirea situației de serviciu

Committing the crime of home invasion with the use of the service situation

Gheorghe Popa[1], **Stela Botnaru**[2]

Rezumat: Făcând o analiză a art. 8 CEDO, „Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale". Această afirmație face trimitere nemijlocit și la viața privată a persoanei care se desfășoară inclusiv și în cadrul domiciliului. Sub acest aspect, considerăm că acordarea unei protecții speciale acestui drept se impune în mod obligatoriu, întrucât o bună ocrotire a vieții private este necesară, în primul rând în scopul asigurării intimității locurilor în care aceasta își desfășoară activitatea și se dezvoltă în calitate de personalitate. Legiuitorul moldav a manifestat un interes deosedit în a asigura respectarea dreptului fundamental prevăzut la art. 29 din Constituția Republicii Moldova, nu doar de unii subiecți de drept, dar și prin incriminarea acestuia unei categorii de subiecți speciali de drept la care în atribuțiile de serviciu intră respectarea ordinii de drept prin introducerea în art. 179 alin. (3) lit. a) din Codul penal a agravantei „*cu folosirea situației de serviciu*".

Cuvinte cheie: domiciliu; reşedinţă; violare de domiciliu; infracțiune; legislație; viață privată; pătrundere; inviolabilitate; consimțământ; libertate

Abstract: Analyzing art. 8 CEDO, "*Every individual has the right to preserve his private and family life, in the place of residence and correspondence*". The second part of the statement refers to the a person's private life in a household. Considering this, it is mandatory to offer special attention to this right. Therefore to assure that the private life of the individual is secure, it is needed to make a non invasive environment in the area that the person is active and is developing morally. The Moldavian legislator asserted a particular interest for assuring that the art. 29 Constitution, not only by some subjects of law, but also by incriminating it to a category of subjects of law whose duties include the observance of the rule of law by introducing in art. 179 par. (3) lit a) Criminal Code of the aggravating circumstance "*Using the service situation*".

Keywords: domicile; residence; violation of domicile; infraction; legislation; private life; penetration; inviolability; consent; freedom

În continuare, vom efectua analiza circumstanței agravante specificate la art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, adică „Pătrunderea sau rămânerea ilegală în

[1] Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea de Stat din Moldova, email: gigupopa92@gmail.com
[2] Conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea de Stat din Moldova

domiciliul sau în reşedinţa unei persoane fără consimţământul acesteia ori refuzul de a le părăsi la cererea ei, precum şi percheziţiile şi cercetările ilegale, *cu folosirea situaţiei de serviciu*" sau aceleaşi acţiuni săvârşite cu aplicarea violenţei sau cu ameninţarea aplicării ei, „*cu folosirea situaţiei de serviciu*".

Din contextul normei expuse studiului, se concluzionează că, subiectul infracţiunii prevăzute de art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, posedă o calitate specială, conferită de statutul pe care îl are persoana, de care şi se foloseşte în momentul comiterii infracţiunii.

Potrivit autorului S. Brînza prin „*folosirea situaţiei de serviciu*" se înţelege săvârşirea unor acţiuni sau inacţiuni care decurg din atribuţiile de serviciu ale făptuitorului şi care sunt în limitele competenţei lui se serviciu. Folosirea situaţiei de serviciu materealizându-se în utilizarea uniformei de serviciu sau a altor atribuţii de serviciu(ecuson, legitimaţie, automobil de serviciu, etc.), ori a informaţiei deţinute în virtutea competenţei de serviciu, ori a semnificaţiei şi autorităţii funcţiei ocupate, ori a subordonării pe scară ierarhică faţă de alte persoane.[3]

Din conţinutul normei supuse studiului, se constată că subiectul infracţiunii de violare de domiciliu în momentul comiterii infracţiunii deţine calitate specială însă acţionează contrar normelor legale ce le reglementează statutul deţinut, fie prin lege specială, fişa postului sau chiar prin ambele concomitent. Astfel, conform art. 29 alin. (1) din Constituţia Republicii Moldova, domiciliul şi reşedinţa sunt inviolabile. Nimeni nu poate pătrunde sau rămâne în domiciliul sau în reşedinţa unei persoane fără consimţământul acesteia. De la această regulă sunt însă derogări, care sunt reflectate expres la alin. (2) al aceluiaşi articol: a) pentru executarea unui mandat de arestare sau a unei hotărâri judecătoreşti; b) pentru înlăturarea unei primejdii care ameninţă viaţa, integritatea fizică sau bunurile unei persoane; c) pentru prevenirea răspândirii unei epidemii.

Prin sintagma „*folosirea situaţiei de serviciu*" urmează să se înţeleagă săvârşirea infracţiunii folosind abuziv drepturile cu care este împuternicit făptuitorul în virtutea funcţiei pe care o deţine, în alte scopuri decât cele de serviciu în timpul comiterii infracţiunii prevăzute de art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal. De aici deducem calitatea specială pe care o are subiectul infracţiunii în momentul comiterii infracţiunii, care trebuie să fie una oficială şi nu una deghizată.

Doctrinarul român, R. Ştefănuţ în articolul „*Elemente constitutive subiective ale infracţiunii de violare de domiciliu*" publicat în Revista Naţională de Drept" 2011, nr. 10-1, menţionează că sintagma folosită în contextul art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal „*cu folosirea situaţiei de serviciu*" nu se referă la excesul de putere sau depăşirea atribuţiilor de serviciu, ci la abuzul de putere sau abuzul de serviciu.

Împărtăşim această ideie, deoarece subiectul infracţiunii se foloseşte de statutul său şi săvârşeşte acţiuni care în virtutea legii sunt atribuite acetuia, fapt ce presupune că subiectul de drept nu îndeplineşte corect acele obligaţii sau în scopul

[3] S. Brînza, V. Stati, *Tratat de drept penal, Partea specială*, Volumul I, Editura Tipografia Centrală, Chişinău 2015, p. 654.

de serviciu dar unul diferit. Săvârșirea infracțiunii de violare de domiciliu „*cu folosirea situației de serviciu*" nu presupune depășirea în mod vădit a limitelor de drepturi și atribuții acordate prin lege. De exemplu, ofițerul de investigație avea dreptul de a participa la efectuarea percheziției la domiciliu însă în modul stabilit de lege, în prezența ofițerului de urmărire penală și doar cu autorizația judecătorului de instrucție sau în cazul infracțiunilor flagrante, ce nu suferă amânare prin ordonanța motivată a procurorului, cu informarea și expunerea ulterioară a judecătorului de instrucție asupra concludenței și pertinenței acțiunii procesuale în perioada de timp de până la 24 de ore de la finisarea acțiunii.

Aceasta rezultă și din definiția noțiunii „*folosirea situației de serviciu*" prevăzută în conținutul pct.18 al Hotărârii Plenului Curții Supreme de Justiție nr.23 din 28.06.2004 „Cu privire la practica judiciară în procesele penale despre sustragerea bunurilor".

Potrivit Hotărârii Plenului Curții Supreme de Justiție nr. 12 din 22 decembrie 2014, pct. 13, pentru modificarea și completarea Hotărîrii Plenului Curții Supreme de Justiție nr. 23 din 28.06.2004 „Cu privire la practica judiciară în procesele penale despre sustragerea bunurilor", alineatul doi s-a substituit cu următorul conținut „Sub incidența noțiunii «folosirea situației de serviciu» nu intră folosirea relațiilor de rudenie, de afinitate sau de amiciție, atunci cînd acestea nu au legătură cu funcția ocupată."

Astfel, potrivit pct. 18 din Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție, nr. 23 din 28.06.2004, prin noțiunea de „*folosirea situației de serviciu*" se înțelege săvârșirea unor acțiuni sau inacțiuni care derivă din atribuțiile de serviciu ale făptuitorului, și care sunt în limitele competenței sale de serviciu.

Acțiunile subiectului de drept, încalcă drepturile și interesele persoanei fizice și/ sau juridice ocrotite de lege.

În cazul în care subiectul special depășește în mod vădit limitele drepturilor și atribuțiilor acordate prin lege, dacă aceasta a cauzat daune în proporții considerabile intereselor publice sau drepturilor și intereselor ocrotite de lege ale persoanelor fizice sau juridice prin prisma art. 115 Cod penal, calificarea și tragerea la răspundere penală urmează să se facă în baza art. 328 Cod penal (exces de putere sau depășirea atribuțiilor de serviciu) și nici de cum conform art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal al RM.

În această ordine de idei, A.I. Boițov menționează că: „Una este când o persoană particulară, contând pe propriile abilități, induce în eroare victima. Cu totul alta este situația când această faptă e săvârșită de o persoană cu funcție de răspundere. De această dată, atingere nu suferă doar proprietatea, dar și interesele serviciului[4]. Într-adevăr dacă violarea de domiciliu este săvârșită cu folosirea situației de serviciu, atingere vor suferi, pe plan secundar și relațiile sociale cu privire la desfășurarea conformă legii a activității de serviciu. Activitatea de serviciu este desfășurată nu numai de persoanele cu funcție de răspundere, așa cum

[4] Бойцов А.И. Преступления против собственности. Санкт-Петербу́рг, 2002, p. 638-639; *Boițov A.I. Infracțiune împotriva aproapelui. Sanct-Peterburg, 2002, p. 638-639.*

încearcă să ne sugereze A.I. Boițov, dar și alte persoane care exercită o funcție. După cum se arată just în pct. 18 al Hotărârii Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova cu privire la practica judiciară în procesele penale despre sustragerea bunurilor, nr. 23 din 28.06.2004: „subiect al infracțiunii, săvârșite cu folosirea situației de serviciu, poate fi nu doar persoana cu funcție de răspundere".

Totodată, susținem opinia autorilor *O.V. Koreaghina şi O.I. Gorudov*, potrivit căreia nu intră sub incidența sintagmei *„folosirea situației de serviciu"*, folosirea relațiilor de rudenie, de afinitate, sau de prietenie, atunci când acestea nu au legătură cu funcția ocupată[5]. Amintim că art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal conține un subiect special, fapt ce trebuie evidențiat în raport cu celelalte alineate și litere din articolul analizat.

În conținutul dat, această situație de serviciu, este folosită de subiectul infracțiunii anume în scopul violării de domiciliu; astfel făptuitorul se folosește abuziv de împuternicirile și atribuțiile de care dispune pentru a pătrunde în domiciliul victimei.

La caz este relevantă următoarea speță din practica judiciară:

La data de 04.12.2018, în jurul orelor 14:20, inspectorul de sector din r-nul Cahul, satul Chiţcani, S. A. fiind îmbrăcat în uniforma de serviciu a pătruns în domiciliul cet. U. I., unde s-a aflat în jur de 30 minute. Fiind depistat, a refuzat la solicitarea cet. U. I. să părăsească domiciliul ultimului până la sosirea grupei operative a Inspectoratului de Poliție Cahul, unde în urma măsurilor speciale de investigație întreprinse la caz, s-a stabilit că inspectorul de sector S. A. a dispus efectuarea unei percheziții la domicliu în lipsa autorizației judecătorului de instrucție, în scopul depistării şi identificării unui automobil răpit. La caz, inspectorul de sector S. A. a comis infracţiunea prevăzută de art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal.

Am fi în prezența art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, chiar dacă ar exista o încheiere și un mandat de efectuare a unei percheziții, însă acestea au expirat de drept sau respectiva percheziție a fost efectuată pe o altă adresă decât cea care a fost autorizată inițial. La caz pornirea urmăririi penale poate avea loc și în lipsa unei plângeri, deoarece conform art. 276 alin. (1) Cod de procedură penală, pornirea urmăririi penale are loc numai în baza plângerii prealabile a victimei în cazul infracțiunii prevăzute de art. 179 alin. (1) și (2) Cod penal dar nu și alin. (3). Reamintim că conform art. 29 alin. (3) din Constituția Republicii Moldova, perchezițiile și cercetările la fața locului pot fi ordonate și efectuate numai în condițiile legii.[6]

În practica judiciară, semnificația sintagmei *„cu folosirea situației de serviciu"* folosită în conținutul art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, nu-i împiedică pe

---

[5] О. В.Корягина, О. И. Годунов Использование лицом своего служебного положения как квалифицирующий признак хищения // Юридическая техника и проблемы дифференциации ответственности в уголовном праве и процессе: сб. науч. ст. Ярославль, 1999; *O.V. Coriaghina, O.I. Gudunov, Utilizarea de către o persoană a funcţiei sale oficiale ca semn calificativ al furtului,* în *Tehnici şi probleme juridice de diferenţiere a responsabilităţii în legislaţia şi procesul penal, 1999.*

[6] Constituția Republicii Moldova, intrată în vigoare la 27.08.1994, art. 29.

unii practicieni să rețină la calificare atât art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal și art. 327 Cod penal (care incriminează fapta de abuz de putere și abuz de serviciu), dese ori în practică aceste două articole fiind interpretate diferit, iar calificarea infracțiunii fiind efectuată eronat. Aici ne putem referi la posibilitatea existenței concursului ideal dintre infracțiunea prevăzută la art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal și infracțiunea prevăzută de art. 328 Cod penal, infracțiunea de exces de putere sau depășire a atribuțiilor de serviciu. În această ordine de idei un interes deosebit ar servi dacă este oare absorbită infracțiunea de exces de putere sau depășire a atribuțiilor de serviciu de infracțiunea de violare de domiciliu, săvârșită cu folosirea situației de serviciu, sau cele două infracțiuni specificate formează un concurs de infracțiuni.

Răspunsul la această întrebare poate fi identificat în opinia d-lui V. Stati care menționează că noțiunea de „*folosirea situației de serviciu*" se referă, implicit, nu la excesul de putere sau depășirea atribuțiilor de serviciu ci se referă doar la abuzul de putere sau abuzul de serviciu. Această concluzie rezultă și din dispoziția prevederilor art. 327 și art. 335 Cod penal, precum și a art. 312 Cod penal „Abuzul de putere sau abuzul de serviciu" din Codul contravențional.

Din cele relatate mai sus putem deduce faptul că dacă, în legătură cu infracțiunea de violare de domiciliu, făptuitorul – o persoană cu funcție de răspundere – comite excesul de putere sau depășirea atribuțiilor de serviciu, răspunderea se va aplica în baza art. 328 și art. 179 (cu excepția lit. a) alin. (3) Cod penal). Dacă pentru una și aceiași faptă ar fi aplicată răspunderea penală în baza art. 328 și art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, am fi în prezența dublei incriminări, deoarece pentru una și aceiași faptă persoana ar fi atrasă la răspundere penală în mod repetat.

De asemenea, aplicarea art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, exclude calificarea suplimentară conform art. 327 Cod penal, „Abuzul de putere sau abuzul de serviciu" sau art. 335 Cod penal „Abuzul de Serviciu", ori conform art. 312 "Abuzul de putere sau abuzul de serviciu" din Codul Contravențional[7].

Doctrinarul V. Stati susține că, există o practică judiciară neuniformă la aplicarea prevederilor art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, fapt pentru care consideră că sintagma „*cu folosirea situației de serviciu*" trebuie înlocuită cu „*de o persoană cu funcție de răspundere sau de o persoană care gestionează o organizație comercială, obștească sau altă organizație nestatală*".

În rezultatul unei asemenea modificări, operate în conținutul art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, în opinia autorului expus supra, s-ar aplica nu numai atunci când violarea de domiciliu presupune folosirea situației de serviciu, dar și în alte circumstanțe. Aceasta s-ar aplica și atunci când violarea de domiciliu ar presupune depășirea vădită a limitelor drepturilor și atribuțiilor acordate prin lege. În opinia acestuia, o asemenea remaniere ar avea drept efect reducerea posibilității de admitere a erorilor judiciare în procesul aplicării art. 179 Cod penal.

---

[7] V. Stati, *Unele considerațiuni asupra practicii aplicării răspunderii penale pentru infracțiunea violării de domiciliu* (art. 179 Cod penal), Revista Națională de drept, nr. 4, aprilie 2010, p. 26.

În motivarea poziției expuse supra, autorul relatează două spețe unde ofițerul de sector într-un caz a fost atras la răspundere penală doar în baza art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, iar în cel de-al doilea caz conform art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal și art. 328 alin. (2) Cod penal, deși temeiurile de fapt în spețe au fost aceleași.

Considerăm că varianta propusă de către doctrinarul V. Stati este o variantă optimă pentru soluționarea problemei cu privire la calitatea subiectului infracțiunii, deoarece sintagma „*cu folosirea situației de serviciu*" actuală la art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, oferă loc de interpretare la calitatea specială pe care trebuie să o dețină subiectul de drept pentru a fi atras la răspundere penală. Potrivit sintagmei actuale, practicienilor nu le este clar dacă subiectul infracțiunii prevăzute de art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, trebuie să aibă o calitate specială conferită prin lege, ca de exemplu polițistul, pompierul, carabinierul, activitatea cărora este reglementată expres prin lege, sau subiect al infracțiunii poate fi și o persoană care deține o altă funcție, dar nu una publică, ca de exemplu: contabil, paznic, administrator, șofer. Astfel constatăm că, subiectul infracțiunii nu este neapărat o persoană cu funcție publică sau cu funcție de răspundere, important este ca calitatea pe care o posedă făptuitorul să o folosească și să-i servească în calitate de mijloc de comitere a infracțiunii.

Poziția d-lui V. Stati este și mai justificată atunci când constatăm că practica judiciară este neuniformă pe segmentul dat, deși elementele de fapt ce constituie temei de calificare a infracțiunii se încadrează în prevederile art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal.

Relevantă la caz, este speța, în care la 28.03.2005, M.I. și B.I. angajați ai unității de distribuție a întreprinderii SA "RS", îndeplinind dispoziția de verificare a contorului electric amplasat în casa lui M.D., situate în satul Andrușul de Jos, raionul Cahul, au intrat, cu permisiunea lui M.D., în domiciliul acestuia. Însă ei au intrat abuziv și în alte încăperi în care erau amplasate instalații ce aparțin unității de distribuție respective, invocând necesitatea verificării acestora, în vederea întocmirii procesului-verbal privind consumul fraudulos de energie electrică. Cererea lui M.D. de ai părăsi domiciliul a fost ignorată, persoanele date au continuat acțiunile de cercetare. Urmărirea penală a fost pornită și efectuată în baza art. 179 alin. (1) Cod penal, însă învinuirea a fost înaintată în baza art. 179 alin. (3) Cod penal fără specificarea literei a) „c*u folosirea situației de serviciu"* sau b)„*de un grup criminal organizat sau de o organizație criminală*" și încetată pe temeiul expirării termenului de prescripție de tragere la răspundere penală în baza art. 179 alin. (1) Cod penal. În motivarea Deciziei Colegiului Penal al Curții Supreme, Curtea susține că recalificarea are ca premiză circumstanța că făptuitorul nu dispunea de posibilitatea de a se folosi de situația de serviciu. M.I. și B.I. erau angajați ai unei persoane juridice private și efectuau acțiuni de control în baza contractului încheiat, aceștia nefiind investiți prin lege cu atribuții de a intra în

domiciliul persoanelor, or în actele organului de urmărire penală nu este indicată agravanta incriminată de la alin. (3) [8].

Este alarmantă poziția și motivarea Curții, în raport cu cele incriminate, deoarece conform poziției Curții, subiect al infracțiunii prevăzute de art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal poate fi doar o persoană publică a cărei activitate este reglementată de lege. Atragem atenția că infracțiunea examinată nu este încadrată în capitolul XV din Codul penal, unde sunt centralizate infracțiunile contra bunei desfășurări a activității în sfera publică, unde în majoritatea infracțiunilor subiectul este unul cu statut special și necondiționat funcționar public (art. 324, 327, 328, 329, 332 ...).

În doctrina de specialitate sunt împărțite opiniile vizând soluția de calificare în cazul în care violarea de domiciliu este săvârșită de către o persoană cu funcție de răspundere, depășindu-se în mod vădit limitele drepturilor și atribuțiilor acordate prin lege, dacă aceasta a cauzat daune în proporții considerabile intereselor publice sau drepturilor și intereselor ocrotite de lege ale persoanelor fizice sau juridice.

Autorii T.N. Nurkaev și B.V. Voljenkin sunt de părerea că, într-o asemenea ipoteză, se aplică numai norma cu privire la violarea de domiciliu săvârșită cu folosirea situației de serviciu. În opinia acestora, normă respective trebuie considerată normă specială în raport cu normele care stabilesc răspunderea pentru excesul de putere sau depășirea atribuțiilor de serviciu.[9]

O poziție contrară de cea expusă de către T.N. Nurkaev și B.V. Voljenkin o are L.Macikovski care consideră că într-o asemenea circumstanță, aplicabilă este doar norma cu privire la excesul de putere sau depășirea atribuțiilor de serviciu, deoarece „violarea de domiciliu săvârșită de o persoană cu funcție de răspundere, cu folosirea situației de serviciu, constituie metodă de săvârșire a infracțiunii de exces de putere sau depășire a atribuțiilor de serviciu”[10].

O variantă asemănătoare cu cea propusă de Domnul V. Stati, „*de o persoană cu funcție de răspundere sau de o persoană care gestionează o organizație comercială, obștească sau altă organizație nestatală*”, o regăsim și în art. 224 alin. (2) Cod penal actual al României, unde legiuitorul folosește sintagma „*prin folosire de calități minciunoase*”. Prin această sintagmă, legiuitorul român oferă o claritate mai simplă la identificarea subiecților infracțiunii respective, unde-i include nu doar pe cei ce au o calitate specială, reglementată de lege sau stabilită prin fișa de post, dar și pe subiecții care folosindu-se de calitatea sa săvârșesc infracțiunea.

---

8 S. Brînza, V. Stati, *op. cit.*, p. 672; Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție din 02.09.2009. Dosar nr.1ra-963/09.

9 Т.Н. Нуркаева. Личные (гражданские) права и свободы человека и их охрана-правовыми средствами вопросы теории и практики, г. 2003, с. 214; *T.N. Nurcaeva, Drepturile şi libertăţile personale (civile) ale omului şi protecţia acestora prin mijloace legale întrebări de teorie şi practică, 2003, p. 214.*

10 Б.В. Волженкии, Служебные преступления, комментарий законодателъства и судебные практики, г.2005, с.148*; B.V. Voljenkii, Infracţiuni oficiale, comentariu la legislaţie şi jurisprudenţă, 2005, p. 148.*

Considerăm relevant la caz de menționat și faptul că, deoarece comiterea infracțiunii prevăzute de art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal „*cu folosirea situaţiei de serviciu*", este generată de calitatea specială a subiectului de drept și atribuțiile conferite acestuia prin lege sau fișa postului, nu are relevanță momentul comiterii infracțiunii, în timpul orelor de serviciu, în afara orelor de serviciu; important este ca comiterea infracțiunii să fie generată de calitatea specială, iar acesta să se folosească în momentul comiterii infracțiunii de calitatea respectivă.

Conform *legii nr. 134 din 13.06.2008, cu privire la Serviciul de Protecție și Pază de Stat, art. 12 lit. f),* colaboratorul Serviciului de Protecție și Pază de Stat are dreptul: să pătrundă pe teritoriile și în incintele „*întreprinderilor, instituţiilor, organizaţiilor*" pentru prevenirea și combaterea acțiunilor ilegale ce pun în pericol securitatea persoanelor beneficiare de protecție de stat, precum și pentru urmărirea persoanelor suspecte de comiterea acestor acțiuni, aducând neîntârziat la cunoștință organelor competente toate cazurile de pătrundere în aceste teritorii și incinte contrar voinței proprietarului.[11]

Dacă analizăm conținutul art. 12 lit. f) al legii expuse supra, constatăm că legiuitorul a specificat expres spațiile unde colaboratorul Serviciului de Protecție și Pază de Stat poate pătrunde pentru prevenirea și combaterea acțiunilor ilegale ce pun în pericol securitatea persoanelor beneficiare de protecție de stat, precum și pentru urmărirea persoanelor suspecte de comiterea acestor acțiuni, aducând neîntârziat la cunoștința organelor competente toate cazurile de pătrundere în aceste teritorii și incinte contrar voinței proprietarului, însă aceste spații cuprind un spectru limitat de spații care pot fi calificare drept domiciliu conform noțiunii specificate la art. 6 Cod de procedură penală, care poate cuprinde doar birourile muncitorilor.

Conform art. 6 Cod de procedură penală, domiciliul reprezintă locuința sau construcția destinată pentru locuirea permanentă sau temporară a unei sau a mai multor persoane (casă, apartament, vilă, cameră la hotel, cabină pe o navă maritimă sau fluvială), precum și încăperile anexate nemijlocit la acestea, constituind o parte indivizibilă (verandă, terasă, mansardă, balcon, beci, un alt loc de uz comun). Prin noțiunea de domiciliu, în sensul prezentului cod, se înțelege și orice teren privat, automobil, navă maritimă și fluvială privată, *birou.*

Coroborând spațiile menționate expres în conținutul normei examinate supra „*întreprinderilor, instituţiilor, organizaţiilor*" constatăm că acestea au o încadrare minimală în noțiunea de domiciliu, deoarece ele pot cuprinde numai *birouri de serviciu*, conform noțiunii de domiciliu specificate la art. 6 Cod de procedură penală.

Un spectru mai extins de spații, unde colaboratorii Serviciului de Protecție și Pază de Stat își pot exercita atribuțiile de serviciu în scopul asigurării ordinii de drept, ce include deja și celelalte spații ce sunt calificate drept domiciliu sau reședință conform art. 6 Cod de procedură penală, ne este oferită la art. 12 lit. h), unde legiuitorul în contextul normei folosește sintagma „*imobile de orice natură*".

[11] Legea nr.134 din 13.06.2008, cu privire la Serviciul de Protecție și Pază de Stat.

În contextual dat legiuitorul menționează că colaboratorii Serviciului de Protecție și Pază de Stat sunt în drept să întreprindă, după caz, măsuri în vederea limitării sau interzicerii temporare a circulației vehiculelor și a accesului persoanelor în anumite zone din localitate și în *„imobile de orice natură”*, precum și în vederea eliberării zonelor respective de mijloacele de transport care împiedică întreprinderea măsurilor de protecție și pază, prin remorcarea acestora.

Legea specială, menționează la art. (11), (12), care sunt obligațiile și drepturile colaboratorilor din cadrul Serviciului de Protecție și Pază de Stat, iar ca consecință putem menționa cu certitudine că activitatea de serviciu este îndreptată nemijlocit spre asigurarea dreptului specificat la art. 25 Constituție, *„Libertatea individuală şi siguranţa persoanei”*, iar atât timp cât activitatea colaboratorului este îndreptată spre atingerea scopului legii, atribuțiilor de serviciu și nu folosește situația de serviciu în alte scopuri acesta nu este subiect al infracțiunii prevăzute la art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal.

Conform *legii nr.120 din 21.09.2017, cu privire la prevenirea şi combaterea terorismului, art. 27 alin. (3) lit. c)*, pentru asigurarea regimului juridic special al operației antiteroriste în zona de desfășurare a acesteia, conducătorul Comandamentului Operațional Antiterorist poate decide, după caz: să intre/să pătrundă nestingherit *în locuinţe*, în alte încăperi, pe terenurile ce aparțin persoanelor fizice, precum și pe teritoriile și în încăperile persoanelor juridice, indiferent de tipul de proprietate și forma juridică de organizare, să utilizeze mijloacele de transport ale persoanelor fizice și juridice, cu excepția celor ce aparțin misiunilor diplomatice, în scopul curmării activității teroriste, al urmăririi persoanelor suspectate de implicare în activități teroriste, dacă tergiversarea acțiunilor menționate poate crea un pericol real pentru viața și sănătatea oamenilor.[12]

Conform celor expuse supra, se constată că subiecții de drept care participă la Operațiunile Antiteroriste sunt în drept să pătrundă *„în locuinţe, în alte încăperi”*. Legea specială, specifică care colaboratori pot fi antrenați la aceste operațiuni, iar potrivit art. (6) alin. (4) din cadrul aceleiași legi, autoritățile cu atribuții în domeniul prevenirii și combaterii terorismului sunt: a) Procuratura Generală; b) Ministerul Afacerilor Interne; c) Ministerul Apărării; d) Ministerul Economiei și Infrastructurii; e) Ministerul Afacerilor Externe și Integrării Europene; f) Ministerul Sănătății, Muncii și Protecției Sociale; g) Serviciul de Protecție și Pază de Stat; h) Serviciul Vamal; i) Agenția Servicii Publice; j) Agenția Națională de Reglementare a Activităților Nucleare și Radiologice; k) Departamentul Instituțiilor Penitenciare al Ministerului Justiției; l) Serviciul Prevenirea și Combaterea Spălării Banilor al Centrului Național Anticorupție.

În corespundere cu legea *nr. 219 din 08.11.2018, cu privire la Inspectoratul General de Carabinieri, art. 24 alin. (1) lit. n)* în exercitarea atribuțiilor de serviciu, carabinierii sunt în drept să intre ori să pătrundă, în modul stabilit de lege și utilizînd, în caz de necesitate, mijloace speciale, în *orice încăpere* sau proprietate în scop de curmare a infracțiunilor, de urmărire a unor persoane suspectate de

[12] Legea nr. 120 din 21.09.2017, cu privire la prevenirea și combaterea terorismului.

comiterea infracţiunilor sau care se ascund de organele de urmărire penală, sau care se sustrag de la executarea unei pedepse penale ori de la arestul contravenţional, sau atunci când se ştie, în baza unor date suficiente, că în această locaţie a fost comisă ori se comite o infracţiune, precum şi în cazul unei calamităţi naturale ori în alte împrejurări excepţionale ce pun în pericol securitatea publică şi siguranţa persoanelor.[13]

Subiectul de drept "*carabinierul*", este împuternicit în baza atribuţiilor de serviciu expuse la art. 22 din respectiva lege, în exerciţiul funcţiei pe care o are, să pătrundă în orice încăpere sau proprietate în scop de curmare a infracţiunilor cât şi alte acţiuni expres prevăzute de norma în cauză.

Legea cu privire la Inspectoratul General de Carabinieri prevede expres că acţiunile care permit pătrunderea colaboratorilor în încăperi sau pe orice tip de proprietate, trebuie să fie îndreptate spre cupiditatea infracţiunilor, sau alte scopuri legale în interes de serviciu efectuate în exerciţiul funcţiei.

Potrivit *legii nr. 267 din 09.11.1994, împotriva incendiilor, art. 18*, în timpul stingerii incendiilor şi al lucrărilor de deblocare şi salvare, funcţionarii publici cu statut special (denumiţi în sensul prezentei legi – funcţionari) din serviciul de salvatori şi pompieri au dreptul:

a) să intre nestingherit la orice oră de zi sau de noapte în toate localurile unităţilor economice, precum şi în locuinţele şi construcţiile auxiliare ale persoanelor fizice;

b) să forţeze, în caz de necesitate, uşile şi ferestrele închise, elementele de construcţie care le îngrădesc pătrunderea, să demonteze şi să demoleze construcţii, să întreprindă alte acţiuni în executarea acestor lucrări;

c) să limiteze sau să interzică temporar circulaţia mijloacelor de transport, precum şi accesul persoanelor fizice la sectoare aparte din localitate sau la anumite obiective, să-i impună a părăsi anumite locuri;

d) să se folosească de mijloacele de telecomunicaţie ale unităţilor economice şi ale persoanelor fizice;

e) să primească de la factorii de decizie de la obiectivul la care s-a produs incendiul sau avaria informaţiile necesare executării eficiente a acţiunilor de intervenţie, deblocare şi salvare;

f) să mobilizeze forţele şi să atragă mijloacele unităţilor economice, precum şi ale formaţiunilor militare.[14]

Noţiunea folosită de către legiuitor în prezenta lege „*în locuinţele şi construcţiile auxiliare ale persoanelor fizice*" include toate spaţiile ce sunt calificate drept domiciliu sau reşedinţă conform art. (6) pct. 11) Cod de procedură penală. De altfel, legea stabileşte şi circumstanţele în care subiectul special poate recurge la acţiunea de pătrundere, modalitate de comitere a infracţiunii prevăzute de art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal.

[13] Legea nr. 219 din 08.11.2018, cu privire la Inspectoratul General de Carabinieri.

[14] Legea nr.267 din 09.11.1994, împotriva incendiilor.

Conform *legii nr. 170 din 19.07.2007, privind statutul ofițerului de informații și securitate, art. 42 lit. g)-h)* în cazuri excepționale, care impun înlăturarea unei amenințări iminente pentru securitatea națională, ofițerul de informații și securitate poate să folosească, în condițiile legii, bunuri, inclusiv *imobile, publice sau private*, cu excepția celor ce aparțin misiunilor diplomatice sau persoanelor cu imunitate diplomatică ale statelor străine și organizațiilor internaționale; *să pătrundă în spații publice sau private* în timpul urmăririi nemijlocite a infractorului.[15]

Potrivit *legii nr. 113 din 17.06.2010 privind executorii judecătorești art. 7, lit. g),* executorul judecătoresc este în drept să intre, cu acordul debitorului sau al membrilor adulți ai familiei lui (iar în lipsa acordului, cu concursul organelor de drept), în încăperile și în depozitele ce aparțin debitorului, precum și în cele aflate în folosința acestuia, și să le cerceteze.

La acest compartiment, Legea privind executorul judecătoresc permite subiectului de drept de a pătrunde și rămâne în domiciliu sau în reședință cu acordul debitorului sau al membrilor adulți ai familiei lui (iar în lipsa acordului, cu concursul organelor de drept), fapt ce presupune că acesta indiferent de circumstanțele cauzei nu poate pătrunde de unul singur, iar scopul trebuie să fie doar cel de a cerceta încăperile[16].

Potrivit *legii nr. 59 din 29.03.2012, privind activitatea specială de investigație, art. 12 alin. (1) lit. d)* ofițerul de investigație este în drept să folosească, pe parcursul efectuării măsurilor speciale de investigații, în bază de contract sau prin acord scris, încăperile de serviciu, locuințele, mijloacele de transport, bunurile întreprinderilor, instituțiilor, organizațiilor, unităților militare, precum și alte bunuri ale persoanelor fizice și juridice. Aici constatăm că acordul dintre ofițerul de investigație și persoana a cărei domiciliu, reședință este folosită în scopul efectuării măsurilor speciale de investigații, trebuie să fie întocmit în formă scrisă. Condiția prevăzută în Legea privind activitatea specială de investigație este „*acord scris*”[17].

Această condiție este mai mult un punct de siguranță pentru ofițerul de investigație care poate fi un potențial subiect al infracțiunii de violare de domiciliu, deoarece conform art. 276 alin. (1) Cod de procedură penală, urmărirea penală pentru comiterea infracțiunii prevăzute de art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal poate avea loc în lipsa plângerii victimei/părții vătămate.

Potrivit *legii nr. 320 din 27.12.2012, cu privire la activitatea poliției și statutul polițistului, art. 21 lit. i)* în domeniul de menținere, asigurare și restabilirea ordinii și securității publice, al protecției drepturilor și intereselor legitime ale persoanei și comunității, polițistul desfășoară activități de căutare a persoanelor care se sustrag de la executarea pedepselor sau a hotărârilor judecătorești. Art. 21, lit. i) din respectiva lege intră în coroborare cu art. 29 alin. (2) lit. a) din Constituție, deoarece un colaborator al poliției în exercițiul funcției pe care o posedă poate

[15] Legea nr. 170 din 19.07.2007, privind statutul ofițerului de informații și securitate.
[16] Legea nr. 113 din 17.06.2010, privind executorii judecătorești.
[17] Legea nr. 59 din 29.03.2012, privind activitatea specială de investigație.

pătrunde în domiciliul sau reşedinţa unei persoane pentru executarea unui mandat de arestare sau a unei hotărâri judecătoreşti.

Prin prisma celor elucidate supra, este de menţionat totodată faptul că conform art. 24 alin. (4), fiecare poliţist, pe tot teritoriul ţării, indiferent de funcţia pe care o deţine, de locul în care se află în timpul sau în afara orelor de program, în cazul în care sesizează existenţa unor circumstanţe sau fapte care periclitează ordinea de drept, viaţa sau sănătatea persoanelor ori alte valori sociale, este obligat să comunice despre aceasta celei mai apropiate subdiviziuni de poliţie şi să întreprindă măsurile posibile pentru prevenirea şi curmarea infracţiunii sau contravenţiei, acordarea primului ajutor persoanelor aflate în pericol, *reţinerea şi identificarea făptuitorilor*, depistarea martorilor oculari şi pentru paza locului în care s-a produs evenimentul.[18]

Conform speţei din practica judiciară, S. C., deţinând, în baza ordinului MAI nr. 60 EF din 17 septembrie 2011, funcţia de şef de post, ofiţer operativ de sector al secţiei de poliţie Dărcăuţi, având gradul special de locotenent de poliţie, fiind în virtutea prevederilor art. 123 Cod penal, persoană cu funcţie de răspundere, contrar prevederilor art. 8 al Convenţiei Europene pentru Apărarea Drepturilor Omului şi Libertăţilor Fundamentale, adoptată la Roma la 04.11.1950, la care Republica Moldova a aderat la 12.09.1991, art. 29 din Constituţia Republicii Moldova, precum şi atribuţiile funcţionale stipulate în fişa postului a funcţiei deţinute, care îl obligau să nu admită ingerinţe în viaţa privată şi intimă a persoanei, decât în condiţiile legii, a comis infracţiuni în următoarele circumstanţe:

S. C., la 02 octombrie 2013, în jurul orei 20.00, împreună cu B. M., cu scopul de a depista presupusul furt de mere, folosind situaţia de serviciu, au pătruns ilegal, în domiciliul lui Ţ.V., situat în s. Bădiceni, r-l Soroca, unde, aplicând forţa fizică, l-a îmbrâncit pe proprietarul Ţ. V., cauzându-i, conform raportului de expertiză medico-legală nr. 27 „A" din 04.11.2013, vătămări corporale neînsemnate, iar ulterior, refuzând să părăsească domiciliul, împreună cu B. M. au efectuat percheziţia ilegală a mijlocului de transport, garajului şi anexelor din gospodărie.[19]

Prezenta cauză penală a fost intentată şi derulată urmărirea penală conform componenţei infracţiunii prevăzute de art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal. Considerăm că elementele de fapt au fost corect calificate şi încadrate conform respectivei componenţe de infracţiune. Astfel, acţiunile întreprinse de către colaboratorul de poliţie, intră în atribuţiile de serviciu, însă acestea trebuie să aibă loc conform normelor legale, circumstanţă ce este lipsă în speţa menţionată supra.

Finalmente se solicită a se face următoarele concluzii:

Aplicarea răspunderii penale pentru comiterea infracţiunii prevăzute de art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, exlude calificarea faptei suplimentar conform art. art. 327, 335 Cod penal, sau conform art. 312 Cod contravenţional, deoarece

[18] Legea nr. 320 din 27.12.2012, cu privire la activitatea poliţiei şi statutul poliţistului.

[19] Decizia Colegiului penal al Curţii Supreme de Justiţie din 25 septembrie 2014. Dosar nr. 4-1re-299/2014.

comiterea infracțiunii prevăzute de art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, presupune un abuz de putere sau abuz de serviciu și nici de cum un exces de putere sau depășirea atribuțiilor de serviciu. Acțiunile sau inacțiunile incriminate la comiterea infracțiunii decurg din atribuțiile de serviciu ale făptuitorului și acestea sunt în limitele competenței sale de serviciu, în caz contrar se aplică răspunderea penală conform art. 328 Cod penal.

Formula prezentă „*cu folosirea situației de serviciu*", utilizată la art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, oferă loc de interpretare a subiectului de drept ce poate fi atras la răspundere penală, care duce la o practică judiciară neuniformă. Motivul pentru care practicienii aplică eronat prevederile art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, este că sintagma „*cu folosirea situației de serviciu*", este utilizată în calitate de agravantă în codul penal, atunci când subiectul de drept necesită a avea o calitate specială și crează impresia că subiect al infracțiunii este doar o persoană cu funcție de răspundere. Dacă analizăm conținutul agravantelor din Codul penal unde este utilizată sintagma „*cu folosirea situației de serviciu*", constatăm că acestea nu sunt folosite nici la o componență din capitolul infracțiunilor contra bunei desfășurări a activității în sfera publică, deoarece însăși subiectul la majoritatea infracțiunilor de la capitolul respectiv este unul cu statut special (art. 324, 327, 328, 329, 332 ...).

Reiterăm că, susținem poziția doctrinarului V. Stati care relatează că sintagma „*cu folosirea situației de serviciu*", trebuie substituită cu expresia „*de o persoană cu funcție de răspundere sau de o persoană care gestionează o organizație comercială, obștească sau o altă organizație nestatală*", deoarece actuala formulare nu oferă claritate subiectului de drept și crează impresia că subiect al infracțiunii poate fi doar o persoană cu funcție de răspundere, ceia ce este greșit.

Dacă analizăm categoriile de subiecți publici care pot comite infracțiunea de violare de domiciliu cu folosirea situației de serviciu, constatăm că legiuitorul a reglementat acel comportament care trebuie incriminat și care urmează a fi încadrat la comiterea infracțiunii.

Comiterea infracțiunii prevăzute de art. 179 alin. (3) lit. a) Cod penal, de către o persoană care în mod vădit își depășește limitele drepturilor și atribuțiilor acordate prin lege, dacă aceasta a cauzat daune în proporții considerabile intereselor publice sau drepturilor și intereselor ocrotite de lege ale persoanei fizice sau juridice – necesită calificare în baza art. 179 (cu excepția lit. a) alin. (3)) și art. 328 Cod penal.[20]

Referințe

Brînza S., Stati V., *Tratat de drept penal, Partea specială*, Vol. I, Editura Tiprografia Centrală, Chișinău 2015

Boițov A.I. *Infracţiune împotriva aproapelui*, Sankt-Peterburg, 2002

Coriaghina O.V., Gudunov O.I., *Utilizarea de către o persoană a funcţiei sale oficiale ca semn calificativ al furtului*, în Tehnici și probleme juridice de diferențiere a responsabilității în legislația și procesul penal, 1999

[20] V. Stati, *op. cit.*, p. 26.

Nurcaeva T.N., *Drepturile şi libertăţile personale (civile) ale omului şi protecţia acestora prin mijloace legale întrebări de teorie şi practică*, 2003

Voljenkii B.V., *Infracţiuni oficiale, comentariu la legislaţie şi jurisprudenţă,* 2005

Stati V., *Unele consideraţiuni asupra practicii aplicării răspunderii penale pentru infracţiunea violării de domiciliu* (art. 179 Cod penal), în Revista Naţională de drept, nr. 4/2010, pp. 38-47

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-9

Consideraţii juridice şi psiho-educaţionale ale comportamentului de tip bullying

Legal and psycho-educational considerations of bullying behavior

Tudorița Grădinariu[1]

Rezumat: Prezenta lucrare își propune să analizeze comportamentul agresiv de tip bullying din perspectiva juridică. Bullying-ul deschide calea spre delincvență juvenilă și morbiditatea psihiatrică, având o frecvență crescută în școlile din România și consecințe grave în planul dezvoltării elevilor. Principalele aspecte ilustrate fac referire la definirea conceptului, forme de manifestare, consecințe, prevederi legislative și prevenție. Prezentarea fenomenului infracțional de la formele de debut și până la cronicizarea lor conduce la noi direcții de prevenire care pot fi trasate chiar în mediul în care izbucnesc: școala.

Cuvinte-cheie: bullying; delincvența juvenilă; contravenție; infracțiune

Abstract: This paper aims to analyze bullying behavior from a legal perspective. Bullying paves the way for juvenile delinquency and psychiatric morbidity, with an increased frequency in Romanian schools and serious consequences in terms of student development. The main aspects illustrated refer to the definition of the concept, forms of manifestation, consequences, legislative provisions and prevention. The presentation of the criminal phenomenon from the forms of onset to their chronicity leads to new directions of prevention that can be traced even in the environment in which they break out: school.

Keywords: bullying; juvenile delinquency; contravention; criminal offence

1. Agresivitatea de tip bullying – delimitări conceptuale şi frecvenţa manifestării în spaţiul şcolii

La nivelul anilor 1978, psihologul norvegian Dan Olweus introduce în literatura de specialitate conceptul *bullying* ca urmare a studiilor privind violența între elevi. Accepțiunea românească a termenului este *brutalizare, intimidare* sau *hărţuire şcolară*[2]. Definiția bullying-ului înglobează caracteristicile acestui

[1] Asistent univ. dr., Departamentul de Științe ale Educației, Facultatea de Psihologie și Științe ale Educației din Universitatea „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, e-mail: tudorita.gradinariu@uaic.ro.

[2] E. Cocorada, *Evaluare şi microviolenţă în mediul şcolar,* Editura Universității Transilvania, Brașov, 2008, pp. 7-28.

comportament, respectiv, *intenţia, repetiţia şi dezechilibrul de putere*. Un elev este hărţuit *"atunci când este expus în mod repetat şi în timp la acţiuni negative din partea unuia sau mai multor elevi şi este incapabil să se apere, excluzând cazurile în care doi copii cu o forţă fizică şi psihologică similară se luptă"*[3]. În lumina Legii nr. 221/2019 pentru modificarea și completarea Legii educației naționale nr.1/2011[4] violența psihologică - *bullying* este *„acţiunea sau seria de acţiuni fizice, verbale, relaţionale şi/sau cibernetice, într-un context social dificil de evitat, săvârşite cu intenţie, care implică un dezechilibru de putere, au drept consecinţă atingerea demnităţii ori crearea unei atmosfere de intimidare, ostile, degradante, umilitoare sau ofensatoare, îndreptate împotriva unei persoane sau grup de persoane şi vizează aspecte de discriminare şi excludere socială, care pot fi legate de apartenența la o anumită rasă, naţionalitate, etnie, religie, categorie socială sau la o categorie defavorizată ori de convingerile, sexul sau orientarea sexuală, caracteristicile personale, acţiune sau serie de acţiuni, comportamente ce se desfăşoară în unităţile de învăţământ şi în toate spaţiile destinate educaţiei şi formării profesionale"*.

Dată fiind constelația de relații interpersonale și diversitatea comportamentelor elevilor, s-au evidențiat formele de manifestare a comportamentelor agresive de tip bullying care sunt considerate probleme sociale grave cu multiple consecințe pentru agresori, victime și spectatori. În cuprinsul Legii nr. 221/2019 sunt prezentate următoarele tipuri de comportamente asimilate bullying-ului: agresivitatea fizică *(lovire, bătaie, pus piedică, îmbrâncire, plesnit, blocarea căii, înghesuire, împingere)*; agresivitatea verbală (*apelative denigratoare, tachinare, insulte, poreclire, ţipete, sarcasm, minciună, bârfă, ameninţări verbale, şantaj, jigniri repetate referitoare la trăsături fizice sau psihice, orientarea sexuală, dizabilitate, gen, religie, etnie, naţionalitate; situaţia socio-economică);* agresivitate relaţională *(respingere, subminare, excludere, izolare, ignorare, intimidare, agresiuni sexuale-hărţuire, atingere, avansuri, comportament ironic, răspândirea de zvonuri maliţioase, insulte în locuri publice etc.);* agresivitate emoțională nonverbală *(priviri şi gesturi ameninţătoare repetate, intimidarea, gesturi de excludere, ignorare etc.)*; deposedare de lucruri *(cerere de bani, bunuri sau echipamente însoţite de ameninţări, furt, provocarea sau forţarea de a fura, ascunderea de lucruri, vandalism, distrugere, incendiere etc.).*

Cercetările realizate până în prezent în școlile din România reflectă o frecvență crescută a incidentelor agresive de tip bullying, variind între 17,9% și

[3] D. Olweus, *Bullying at school: Basic Facts and Effects of a School based intervention program*, The Journal of Child Psychology and Psychiatry, 35(7)/1994, pp. 1171-1190, https://doi.org/10.1111/j.1469-7610.1994.tb01229.x.

[4] Legea nr. 221/2019 pentru modificarea şi completarea Legii educaţiei naţionale nr. 1/2011, publicată în M.Of. 929 din 19.11.2019, disponibilă pe pagina de internet http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/219895, consultată în data de 12.04.2021.

58,5%[5]. Rezultatele studiului național „*Bullying-ul în rândul copiilor*" realizat de Asociația "Salvați Copiii" România în anul 2016, la care au participat elevi de gimnaziu și liceu cu vârste cuprinse între 10-18 ani, reflectă că 3 din 10 copii sunt excluși din grupul de colegi, 3 din 10 copii sunt amenințați cu bătaia sau lovirea de către colegi, 1 din 4 copii a fost umilit în fața colegilor. De asemenea, acest studiu evidențiază că 30% dintre elevi au declarat că au lovit ușor și în mod repetat un alt copil, iar 39% declară că au fost răniți ușor[6].

Începând cu anul 2011, Institutul Național de Sănătate Publică din România realizează anual Raportul Național de Sănătate a Copiilor și Tinerilor din România în care prezintă situația la nivel național a comportamentelor cu risc. Rezultatele studiilor realizate de acest organism între anii 2011-2016, ilustrate în *Raportul Naţional de Sănătate a Copiilor şi Tinerilor din România,* arată că frecvența acțiunilor agresive este mai ridicată la băieți decât la fete, iar după vârsta de 15 ani se înregistrează o scădere la ambele sexe[7]. Ținând cont de criteriul vârstei elevilor implicați în agresivitatea de tip bullying și raportându-ne Noul Cod Penal care prevede că un minor răspunde penal începând cu vârsta de 14 ani, putem afirma că frecvența crescută a incidentelor agresive corespunde vârstei premergătoare răspunderii penale[8]. Se impune, astfel, o atenție deosebită asupra categoriei de vârstă de 12-14 ani deoarece vizează o suită de transformări de ordin psiho-emoțional odată cu trecerea spre adolescență.

Așadar, vulnerabilitățile specifice vârstei (teribilism, dorința de afirmare și valorizare, tentații de moment), mecanismele psiho-relaționale insuficient dezvoltate, lipsa empatiei, slaba capacitate de prevedere și anticipare a consecințelor propriilor acte în plan personal, juridic și social precum și lipsa sau ineficiența unor programe preventive, creează terenul pentru răspunderea contravențională și penală a minorului.

2. Consecinţele agresivităţii de tip bullying

Agresivitatea de tip bullying are consecințe majore pentru evoluția și dezvoltarea elevilor. Astfel, în cadrul studiului realizat de Farington și colab. (2011),

---

5 T. Grădinariu, *Bullying-ul în şcolile din România – principalele studii şi cercetări,* în lucrările Conferinței Științifice Internaționale *Cultural Diversity,* Editura Ars Longa, Iași, 2017, vol. I, pp. 144-151.

6 Organizația Salvați Copiii România, *Bullying-ul în rândul copiilor. Studiu sociologic la nivel național,* 2016, disponibil pe pagina de internet la adresa https://www.salvaticopiii.ro, accesat online la data de 01.04.2021.

7 R. Nicolescu, C. Dumitrache, C.T Stănescu, V.A Kassai, C. Ursu, I.M. Mireștean, S. Irimie, *Raportul Național de Sănătate a Copiilor și Tinerilor România* 2013, Institutul Național de Sănătate Publică din România, disponibil pe pagina de internet la adresa http://insp.gov.ro/sites/cnepss/wp-content/uploads/2014/11/Raport-sanatate-copii-2013.pdf la data de 02.04.2021, accesat la data de 13 aprilie 2018.

8 Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, disponibil pe pagina de internet la adresa http://www.mpublic.ro/sites/default/files/PDF/NOILE_CODURI/ncp.pdf, accesat online la data de 13 aprilie 2018.

503 băieţi au fost evaluaţi iniţial la vârsta de 6-7 ani şi, ulterior, anual sau semestrial până la vârsta de 19 ani. Rezultatele cercetării arată că în cazul agresorilor implicaţi în bullying creşte riscul de delincvenţă cu aproximativ 45%[9]. Studiile indică faptul că majoritatea agresorilor şcolari au probleme cu legea în viaţa de adult[10]. Societatea este cea mai mare victimă a agresiunii deoarece agresorii din şcoală sunt mai predispuşi să-şi agreseze soţiile şi copiii în viaţa de adult, perpetuând astfel ciclul violenţei domestice prin crearea de noi generaţii de copii agresivi[11]. Cu toate că intenţia agresorilor este de a-şi manifesta puterea şi statutul social faţă de ceilalţi[12], ei întâmpină dificultăţi în dezvoltarea empatiei[13]. Astfel, agresivitatea de tip bullying deschide calea spre delincvenţă şi criminalitate în cazul copiilor care au o atitudine pro-violenţă. Agresorul are un risc crescut de a se implica în delincvenţă, criminalitate şi consum de alcool[14]. Atât victimele, cât şi agresorii, au un risc crescut de a dezvolta probleme de sănătate mintală şi fizică. Victimizarea este strâns legată de scăderea stimei de sine, rate mari de depresie si anxietate, frecvenţă crescută a ideaţiei suicidare[15]. Copiii care sunt agresaţi acuză probleme de somn, dureri de cap, dureri de stomac, enurezis nocturn[16].

Elevii implicaţi în incidentele de tip bullying prezintă un risc crescut de a experimenta o gamă de comportamente de risc precum fuga de acasă, consumul de alcool şi droguri, absenteism şi autovătămare. Consecinţele se extind şi la vârsta adultă, cercetările evidenţiind o corelaţie semnificativă între comportamentul agresiv al copilului şi morbiditatea psihiatrică ulterioară[17]. Agresiunea este considerată o problemă de relaţionare distructivă. Lecţiile de putere şi agresivitate

---

9 D. P. Farrington, R. Loeber, R. Stallings, M. M. Ttofi, *Bullying perpetration and victimization as predictors of delinquency and depression*, in *The Pittsburgh Youth Study*, Journal of Aggression, Conflict and Peace Research, 2011, Vol. 3, pp. 74-81, https://doi.org/10.1108/17596591111132882.

10 G. M. Batsche, H. M. Knoff, *Bullies and their victims: Understanding a pervasive problem in the school*, School Psychology Review, 1994, vol. 23, pp. 165-174, https://doi.org/10.1080/02796015.1994.12085704

11 D.P. Farrington, *Childhood aggression and adult violence: Early precursors and later-life outcomes.* In D.J Pepler & K.H. Rubin (Eds.*). The development and treatment of children aggression*, Hillsdale, NJ: Erlbaum, 1991, pp. 5-29.

12 V.E Besag, *Bullies and Victims in Schools.* Open University Press. Milton Keynes Philadelphia, 1989.

13 K. Rigby, *Bullying in schools - and what to do about it,* Melbourne, ACER, 1996.

14 R. Loeber, T. Dishion, *Early predictors of male delinquency:Areview. Psychological Bulletin*, 1983, vol. 94, pp. 68-99, https://doi.org/10.1037/0033-2909.94.1.68.

15 S. Limber, N. Mullin-Rindler, J. Riese, V. Flerx, M. Snyder, *The Olweus bullying prevention program coordinating committee training. Olweus bullying prevention group.* Clemson University, 2004.

16 M. Fekkes, F.I.M. Pijpers, S.P. Verloove-Vanhorick, *Bullying: who does what, when and where? Involvement of children, teachers and parents in bullying behavior.* Health Education Research, 2005, vol. 20, no. 1, pp. 81-91, https://doi.org/10.1093/her/cyg100.

17 World Health Organization, *The European Report on the Prevention of Violence and Crime among Young People,* 2010, p. 19.

învăţate în copilărie pot duce la violenţă sexuală, violenţă domestică şi, ulterior, se pot extinde la hărţuirea la locul de muncă, agresarea partenerului, copiilor şi a vârstnicilor. Copiii victimizaţi pot duce mai departe trauma şi frica de agresiune în viaţa de adult[18].

Dacă agresorul nu este sancţionat pentru micile violenţe, există posibilitatea ca aceste comportamente neadecvate să degenereze în acte cu violenţă crescută[19]. Aşa cum bine remarcă autorul francez Debarbieux[20], experienţa şcolară a violenţei este legată de incidente minore, dar frecvente. Problema nu o reprezintă actele cu violenţă crescută care sunt rare în spaţiul şcolar, ci tocmai această frecvenţă crescută a microviolenţelor care afectează şi destabilizează mediul şcolar. De asemenea, comportamentul agresiv este întărit atunci când agresorul domină cu succes victima şi când nu este sancţionat. Dacă profesorul nu intervine eficient după fiecare episod de agresiune, există o probabilitate crescută ca agresiunile de tip bullying să se repete în viitor[21]. Din acest motiv se recomandă promovarea în şcoli a politicii „zero toleranţă", în sensul că niciun act de agresiune nu trebuie tolerat în spaţiul şcolii[22].

3. Prevederi legislative în cazul agresivităţii de tip bullying

Conform legislaţiei penale din România, minorul care are vârsta între 14 şi 16 ani răspunde penal numai dacă se dovedeşte că a săvârşit fapta cu discernământ, iar minorul care a împlinit vârsta de 16 ani răspunde penal potrivit legii[23]. Plângerea penală se introduce în termen de 3 luni de la data la care reprezentantul legal al minorului victimă (părinţii, tutorele sau chiar curatorul) a aflat despre săvârşirea faptei[24]. Deşi literatura de specialitate prevede că anumite incivilităţi ale elevilor nu sunt considerate de adulţi ca fiind grave, dacă ne raportăm la ele din punct de vedere juridic observăm că, de exemplu, agresivitatea verbală sub forma umilinţelor, jignirilor, poreclelor, ameninţării cu acte de violenţă, în baza plângerii prealabile a victimei se poate sancţiona de către organele de poliţie conform *Legii*

---

18 W.M. Craig, D.J. Pepler, *Understanding Bullying: From Research to Practice*, Canadian Psychology, 2007, vol. 48, No. 2, pag. 86-9, https://doi.org/10.1037/cp2007010.

19 D. Newman Carlson, A.M. Horne, C.L. Bartolomucci, *Bully Busteres - A Teacher's Manual*, in Research Press, 2000.

20 E. Debarbieux, *La lutte contre la violence à l'école: Programme ou routine? Formation et profession, 2011.* Accesat online la data de 22.11.2016 la adresa www.crifpe.ca/download/verify/1122.

21 L.R. Huesmann, L. Eron, *Cognitive processes and the persistence of aggressive behavior.* Aggressive Behaviour, 1984, vol. 10, 243-51, https://doi.org/10.1002/1098-2337(1984)10:3%3 C243::AID-AB2480100308%3E3.0.CO;2-6

22 D. Newman Carlson, A.M. Horne, C.L. Bartolomucci, *op. cit.*

23 Art. 113 Noul Cod penal.

24 I. A. Toader, *Protection of the natural individual through civil rights norms* în Proceedings of the International Conference of Law, European Studies and International Relations 6th edition. Romanian Law, Tradition and european vocation, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2019, p. 457, p. 457-463.

nr. 61/1991 Republicată pentru sancționarea faptelor de încălcare a unor norme de convieţuire socială, a ordinii şi liniştii publice - Republicată[25]. Potrivit acesteia, la art. 2, alin.1 legiuitorul specifică faptul că se sancționează contravențional „*săvârşirea în public de fapte, acte sau gesturi obscene, proferarea de injurii, expresii jignitoare sau vulgare, ameninţări cu acte de violenţă împotriva persoanelor sau bunurilor acestora, de natură să tulbure ordinea şi liniştea publică sau să provoace indignarea cetăţenilor ori să lezeze demnitatea şi onoarea acestora*". Școala este o instituție publică, deci un loc public, motiv pentru care această lege încadrează violența școlară la o secțiune specială, respectiv, la art. 3 alin. 2, care indică faptul că „*în cazurile în care faptele prevăzute la pct. 1), 2), 4) şi 24) ale art. 2 (săvârşirea în public de fapte, acte sau gesturi obscene, proferarea de injurii, expresii jignitoare sau vulgare, ameninţări cu acte de violenţă împotriva persoanelor sau bunurilor acestora, de natură să tulbure ordinea şi liniştea publică sau să provoace indignarea cetăţenilor ori să lezeze demnitatea şi onoarea acestora; constituirea unui grup format din trei sau mai multe persoane, în scopul de a săvârşi acţiuni ilicite, contrare ordinii şi liniştii publice şi normelor de convieţuire socială, precum şi actele de încurajare sau sprijinire, sub orice formă, a unor astfel de grupuri de persoane, care incită la dezordine socială; aruncarea asupra unei persoane, construcţii sau asupra unui mijloc de transport cu obiecte de orice fel, cu substanţe inflamante, iritant-lacrimogene sau cu efect paralizant, corosive sau care murdăresc, dacă nu s-au produs vătămări ale integrităţii corporale sau sănătăţii, ori pagube materiale şi provocarea ori participarea efectivă la scandal, în locuri sau localuri publice) sunt săvârşite în incinta unei instituţii de învăţământ, a unei instituţii de sănătate ori destinate ocrotirii speciale a unor categorii de persoane defavorizate, sancţiunile aplicabile sunt avertismentul sau amenzile de la 1.000 lei la 3.000 lei*". În mod evident în analiza și instrumentarea acestor cazuri extrem de sensibile se impune respectarea cu mare atenție a dispozițiilor relative la dreptul la viață privată, inclusiv cele relative la protecția datelor cu caracter personal[26].

De asemenea, legea contravențională face referire și la agresiunea fizică directă precum aruncarea cu diferite obiecte asupra unei persoane. Dacă fapta este săvârșită fără să se producă vătămări ale integrității corporale sau daune materiale conform art. 2 alin. 4 al Legii nr. 61/1991 Republicată este sancționată contravențional, cu avertisment sau cu amendă de la 100 lei la 500 lei. Facem

[25] Legea nr. 61/1991 pentru sancționarea faptelor de încălcare a unor norme de convieţuire socială, a ordinii și liniștii publice Republicată în M.Of. 125 din 18.02. 2020, disponibilă pe pagina de internet http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/125693, accesată online la data de 23 aprilie 2018.

[26] I. A. Toader, O. A. Urda, *Protecţia datelor cu caracter personal (GDPR)*, în Ghid de lucru, Teorie, studii de caz, bune practici la nivel internațional și internațional din domeniul științelor juridice, coord. Tudorel Toader, Carmen Tamara Ungureanu, Olga Andreea Urda, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza", Iași, 2020, pp. 53-75.

mențiunea că în cazul minorilor care au împlinit vârsta de 14 ani, minimul şi maximul cuantumului amenzii se reduc la jumătate[27].

Cu referire la dispozițiile legii penale, aducem în discuție agresivitatea directă sub forma lovirilor și a vătămării corporale. Dacă prin actul agresiv (lovire sau orice alt act cu violență) se produc leziuni fizice, fapta cade sub incidența art. 193 din Codul Penal al României[28], lovire și alte violențe. Pentru fapte care se încadrează la marea violență și care produc leziuni sau afectează sănătatea pentru care sunt necesare mai mult de 90 de zile de îngrijiri medicale, încadrarea juridică este de vătămare corporală, potrivit art. 194 din Codul Penal al României[29]. Sancțiunile aplicate în cazul minorilor de către instanța de judecată sunt în acord cu respectarea reglementărilor privind răspunderea penală a minorilor.

4. Prevenirea agresivităţii de tip bullying din perspectivă criminologică

Studiile care stau la baza *Rezoluţiei Parlamentului European din 21 iunie* 2007 *privind „Delincvenţa juvenilă - rolul femeilor, familiei şi societăţii"*[30] indică o creștere semnificativă a numărului minorilor cu vârsta sub 13 ani care comit delicte și precizează că delincvența juvenilă se manifestă sub forma bandelor de tineri și a violențelor în mediul școlar. Pornind de la aceste constatări, se evidențiază rolul familiei, școlii și al societății în formarea unui sistem de valori de la vârste fragede. În lucrarea *„Prevenirea criminalităţii. Teorie şi practică"*[31] autorul Florian (2005) subliniază importanța conceperii unor demersuri preventive pe termen lung în acord cu noile evoluții contemporane. În opinia acestuia, criminalitatea reprezintă un pericol pentru dezvoltarea societății și afectează grav drepturile individului de a trăi în siguranță. În acest sens, prezintă importanța unei abordări interdisciplinare în prevenirea delincvenței juvenile și a victimizării minorilor în care specialiștii conlucrează în virtutea aceluiași deziderat. *„Prevenirea nu este doar opera unui specialist, ci ea solicită efortul tuturor. Dincolo de recomandări foarte limitate, ea implică apelul la o schimbare de mentalități... O societate unde se reînnoadă comunicarea, unde constrângerile rămân suple, unde omul este luat constant în*

---

27 Art. 11 alin. (3) Ordonanţei Guvernului nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravenţiilor, publicată în M. Of. 410 din 25.07. 2001, disponibilă pe pagina de internet http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/29779, consultată în data de 23.04.2021.

28 Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal. Accesat online la data de 13 aprilie 2018, la adresa http://www.mpublic.ro/sites/default/files/PDF/NOILE_CODURI/ncp.pdf

29 *Ibidem.*

30 Rezoluţia Parlamentului European din 21 iunie 2007 privind *Delincvenţa juvenilă- rolul femeilor, familiei şi societăţii,* disponibilă pe pagina de internet https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0212+0+DOC+XML+V0//RO, consultată în data de 25 aprilie 2018.

31 G. Florian, *Prevenirea criminalităţii. Teorie şi practică*, Editura Oscar Print, Bucureşti, 2005.

consideraţie, va refuza violenţa. Refuzând această sfidare, se va naşte o lume nu fără violenţă, dar mai liniştită "[32].

Criminologul canadian Maurice Cusson (2002) opinează că un demers preventiv eficient ar trebui sa aibă ca punct de plecare etiologia delincvenței juvenile, care se situează la nivelul carențelor sociabilității. Pentru a preveni comiterea delictelor de către minori se impune intervenția în cazul copilului aflat în situația de risc, familiei acestuia, a mediului școlar și a anturajului. În virtutea acestui deziderat, criminologul propune prevenirea socială și prevenirea prin dezvoltare[33].

Prevenirea socială vizează dezvoltarea abilităților sociale și educarea copilului de a face față provocărilor cotidiene. Intervențiile de acest tip se adresează în mod direct atât tinerilor cât și mediului: familie, școală, grupuri de prieteni, cartier. Manifestările prevenirii sociale includ programele care vizează tânărul și familia sa (prevenirea prin dezvoltare), precum și intervențiile din cartier sau oraș (prevenirea comunitară). În ceea ce privește minorii, criminologii propun prevenirea prin dezvoltare.

Prevenirea prin dezvoltare, ca formă a prevenirii sociale, este de ordin educațional și are ca scop dezvoltarea competențelor sociale la copii precum și sesizarea timpurie a tulburărilor de comportament. Această formă de prevenire este precoce, axată mai mult spre copii decât pe adolescenți, și se realizează de către familie și școală. Specialiștii consideră școala ca fiind cel mai prielnic mediu pentru a preveni delincvența juvenilă pentru că are pârghiile de a orândui interacțiunile de la egal la egal[34].

Concluzii

Prin abordarea interdisciplinară a agresivității de tip bullying propunem un cadru de investigare aflat la intersecția științelor juridice, științelor educației și psihologiei. Se impune identificarea timpurie a comportamentelor antisociale care, nedepistate și necorectate la timp se pot intensifica, agrava și pot degenera în acte sancționate de legea penală. Agresiunea este o problemă de relaționare distructivă și este important să fie identificați elevii cu risc de agresiune sau victimizare și să fie sprijiniți în procesul de formare și dezvoltare a abilităților sociale. Dacă agresiunea este gravă și persistă în timp, atunci și consecințele negative sunt foarte grave, mai ales în cazul în care victima nu primește suport social. Pornind de la mențiunile literaturii de specialitate conform cărora acțiunile violente ale elevilor pot fi plasate pe un continuum al comportamentului agresiv, variind de la un simplu joc între copii la activitatea criminală, precum și a specificațiilor cu privire la faptul că agresivitatea de tip bullying este un predictor puternic pentru

[32] *Idem*, p. 187.

[33] M. Cusson, *Prevenirea delincvenţei*, Editura Gramar, Bucureşti, 2002, p. 96.

[34] M. Rutter, B. Maugham, P. Mortimore, J. Ouston, A. Smith Gottfredson, *Fifteen Thousand Hours: Secondary School and their effect on children,* London, Open Books: Cambridge (MA), Harvard University Press, 1979.

delincvenţa juvenilă, în lucrarea prezentă am abordat problematica bullying-ului din perspectiva juridică pentru a evidenţia importanţa unei prevenţii eficiente.

Referinţe

Batsche G. M., Knoff H. M., *Bullies and their victims: Understanding a pervasive problem in the school*, School Psychology Review, 1994, vol. 23, 165-174. https://doi.org/10.1080/02796015.1994.12085704

Besag V.E, *Bullies and Victims in Schools.* Open University Press, Milton Keynes Philadelphia, 1989

Cocorada E., *Evaluare şi microviolenţă în mediul şcolar,* Editura Universităţii Transilvania, Braşov, 2008

Craig W.M., Pepler D.J., *Understanding Bullying: From Research to Practice*, Canadian Psychology, 2007, vol. 48, No. 2, pag. 86-93. https://doi.org/10.1037/cp2007010.

Cusson M., *Prevenirea delincvenţei*, Editura Gramar, Bucureşti, 2002

Debarbieux E., *La lutte contre la violence à l'école: Programme ou routine? Formation et profession,* 2011 [On-line]

Farrington D. P., Loeber R., Stallings R., Ttofi M. M., *Bullying perpetration and victimization as predictors of delinquency and depression*, in *The Pittsburgh Youth Study*, Journal of Aggression, Conflict and Peace Research, 2011, Vol. 3, pp. 74-81, https://doi.org/10.1108/17596591111132882

Farrington D.P., *Childhood aggression and adult violence: Early precursors and later-life outcomes*, In D.J Pepler & K.H. Rubin (Eds.). *The development and treatment of children aggression*, Hillsdale, NJ: Erlbaum, 1991, pp. 5-29

Fekkes M., Pijpers F.I.M., Verloove-Vanhorick S.P., *Bullying: who does what, when and where? Involvement of children, teachers and parents in bullying behavior.* Health Education Research, 2005, vol. 20, no. 1, pp. 81-91. https://doi.org/10.1093/her/cyg100

Florian G., *Prevenirea criminalităţii. Teorie şi practică*, Editura Oscar Print Bucureşti, 2005.

Grădinariu T., *Bullying-ul în şcolile din România- principalele studii şi cercetări,* în lucrările Conferinţei Ştiinţifice Internaţionale *Cultural Diversity,* vol. I, Editura Ars Longa, Iaşi, 2017

Huesmann L.R., Eron L., *Cognitive processes and the persistence of aggressive behavior.* Aggressive Behaviour, 1984, vol. 10, 243-51. https://doi.org/10.1002/1098-2337(1984)10:3%3C243::AID-AB2480100308%3E3.0.CO;2-6

Limber S., Mullin-Rindler N., Riese J., Flerx V., Snyder M., *The Olweus bullying prevention program coordinating committee training. Olweus bullying prevention group.* Clemson University, 2004

Loeber R., Dishion T., *Early predictors of male delinquency:Areview. Psychological Bulletin*, 1983, vol. 94, 68-99, https://doi.org/10.1037/0033-2909.94.1.68

Newman Carlson D., Horne A.M., Bartolomucci C.L., *Bully Busteres - A Teacher's Manual*, in Research Press, 2000

Nicolescu R., Dumitrache C., Stănescu C.T, Kassai V.A, Ursu C., Mireştean I.M., Irimie S., *Raportul Naţional de Sănătate a Copiilor şi Tinerilor România*, Institutul Naţional de Sănătate Publică din România, Bucureşti, 2013

Olweus D., *Bullying at school: Basic Facts and Effects of a School based intervention program*, The Journal of Child Psychology and Psychiatry, 35(7)/1994, pp. 1171-1190, DOI:10.1111/j.1469-7610.1994.tb01229.x.

Rezoluţia Parlamentului European din 21 iunie 2007 privind *Delincvenţa juvenilă – rolul femeilor, familiei şi societăţii* [On-line]

Rigby K., *Bullying in schools - and what to do about it,* Melbourne, ACER, 1996

Rutter M., Maugham B., Mortimore P., Ouston J., Smith Gottfredson A., *Fifteen Thousand Hours: Secondary School and their effect on children,* London, Open Books: Cambridge (MA), Harvard University Press, 1979

Toader I. A., *Protection of the natural individual through civil rights norms* în Proceedings of the International Conference of Law, European Studies and International Relations 6th edition. Romanian Law, Tradition and european vocation, Editura Hamangiu, București, 2019, pp. 457-463

Toader I. A., Urda O. A., *Protecţia datelor cu caracter personal (GDPR)*, în Ghid de lucru, Teorie, studii de caz, bune practici la nivel internațional și internațional din domeniul științelor juridice, coord. Toader Tudorel, Ungureanu Carmen Tamara, Urda Olga Andreea, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza", Iași, 2020, pp. 53-75

World Health Organization, *The European Report on the Prevention of Violence and Crime among Young People,* 2010

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINȚE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-10

Victima infracțiunii de încălcare a regulilor de protecție a muncii

The victim of the crime of violation of labor protection rules

Tudor Jalbă[1]

Rezumat: Scopul acestei cercetări constă în analiza amplă a victimei ca parte componentă a infracțiunii de încălcare a regulilor de protecție a muncii. În prezenta lucrare sunt abordate problemele care se întâlnesc la calificarea juridico-penală a infracțiunii nominalizate în legătură cu statutul persoanei victimă, fiind făcute în acest sens propuneri pentru ajustarea legislației în vederea înlăturării deficiențelor la încadrarea juridică a faptei. În conținutul lucrării se vor regăsi și răspunsurile referitor la evoluarea persoanei juridice în calitate de victimă a infracțiunii în cauză.

Cuvinte-cheie: victimă; salariat; încălcarea regulilor de protecție; accident; contract individual de muncă

Abstract: The purpose of this research is to provide a comprehensive analysis of the victim as a component part of the crime of violation of labor protection rules. In this research are addressed the issues that are encountered in the legal-criminal qualification of the crime named in connection with the status of the victim, being made in this regard proposals to adjust the law to the legal qualification of the criminal act. In the content of research will be found the answers regarding the evolution of the legal person as a victim of the crime in question.

Keywords: employee; individual employment contract; victim; violation of protection rules

În sens juridico-penal victima este considerată orice persoană fizică sau juridică căreia, prin infracțiune, i-au fost aduse daune morale, fizice sau materiale. Victima infracțiunii prevăzute la art. 183 din C.pen nu poate fi orice persoană. Potrivit alin. (2) al art. 43 din Constituție, salariații au dreptul la protecția muncii. Măsurile de protecție privesc securitatea și igiena muncii, regimul de muncă al femeilor și al tinerilor, instituirea unui salariu minim pe economie, repaosul

[1] Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea de Stat din Moldova, email: jalbatudor@gmail.com

săptămînal, concediul de odihnă plătit, prestarea muncii în condiții grele, precum și alte situații specifice. [2]

În conformitate cu art. 1 din Codul muncii, salariatul este persoana fizică care prestează o muncă conform unei anumite specialități, calificări sau într-o anumită funcție, în schimbul unui salariu, în baza contractului individual de muncă.[3] Contractul individual de muncă este înțelegerea dintre salariat și angajator, prin care salariatul se obligă să presteze o muncă într-o anumită specialitate, calificare sau funcție, să respecte regulamentul intern al unității, iar angajatorul se obligă să-i asigure condițiile de muncă prevăzute de prezentul cod, de alte acte normative ce conțin norme ale dreptului muncii, de contractul colectiv de muncă, precum și să achite la timp și integral salariul.

Pentru calificarea faptei în baza alin. (1) art. 183 din C.pen, nu contează dacă salariatul este cetățean al Republicii Moldova, cetățean străin sau apatrid. De asemenea, nu are importanță dacă salariatul este încadrat în baza unui contract de formare profesională continuă sau de calificare profesională, nici dacă salariatul activează în sectorul public sau privat, în aparatul asociațiilor obștești, religioase, sindicale, patronale, al fundațiilor, partidelor sau al altor organizații necomerciale care folosesc munca salariată.

Mai exact prevederile art. 3 din Codul muncii, stipulează expres categoriile de salariați cărora le oferă protecție juridică, după cum urmează: salariaților cetățeni ai Republicii Moldova, încadrați în baza unui contract individual de muncă, inclusiv celor cu contract de formare profesională continuă sau de calificare profesională, care prestează muncă în Republica Moldova; salariaților cetățeni străini sau apatrizi, încadrați în baza unui contract individual de muncă, care prestează muncă pentru un angajator care își desfășoară activitatea în Republica Moldova; salariaților cetățeni ai Republicii Moldova care activează la misiunile diplomatice ale Republicii Moldova de peste hotare; salariaților din aparatul asociațiilor obștești, religioase, sindicale, patronale, al fundațiilor, partidelor și altor organizații necomerciale care folosesc munca salariată.

Deci, observăm că atât prevederile Constituției Republicii Moldova cât și ale Codului muncii operează cu noțiunea de salariat, oferindu-i celui din urmă protecție juridică în domeniul securității și sănătății în muncă.

Prin urmare, apare întrebarea dacă doar persoana cu statut de salariat poate evolua în calitate de victimă a infracțiunii prevăzute de art. 183 din C.pen?

Dacă să ne referim explicit la prevederile alin. (2) al art. 43 din Constituție, rezultă că doar salariații au dreptul la protecția muncii, respectiv pot evolua în calitate de victime doar persoanele care au încheiat un contract individual de muncă cu angajatorul. Nu suntem de acord cu această ipoteză, deoarece potrivit acesteia ar rezulta că persoanele care nu au încheiat un contract individual de muncă cu angajatorul nu ar putea statua ca victime, și atunci cum rămâne cu

[2] Constituția Republicii Moldova, din 29.04.1994, publicată în M.Of. nr.1 din 12.08.1994, republicată în M.Of. nr. 78/140 din 29.03.2016.

[3] Codul muncii, nr. 154 din 28.03.2003, publicat în M.Of. nr. 159-162 din 29.07.2003.

persoanele accidentate care execută *de facto* atribuțiile de serviciu în cadrul unei entități, însă nu au încheiat un contract de muncă?

Pentru a oferi răspuns la această întrebare, vom face trimitere la prevederile art. 3 din Legea privind securitatea și sănătatea în muncă, care își extinde acțiunea legislației de protecție a muncii asupra următoarelor categorii de persoane: lucrătorilor; reprezentanților lucrătorilor; persoanelor care solicită angajarea în câmpul muncii, aflate în unitate cu permisiunea angajatorului, în perioada de verificare prealabilă a aptitudinilor profesionale; persoanelor care desfășoară muncă neremunerată în folosul comunității sau activități în regim de voluntariat; persoanelor care nu au contract individual de muncă încheiat în formă scrisă și pentru care dovada clauzelor contractuale și a prestațiilor efectuate se poate face prin orice alt mijloc de probă; persoanelor care, pe durata ispășirii pedepsei în locuri de detenție, lucrează în atelierele instituțiilor penitenciare sau la alte locuri de muncă; șomerilor, pe durata participării acestora la o formă de pregătire profesională.[4]

În cele din urmă, rezultă că legea privind securitatea și sănătatea în muncă protejează persoanele care nu au încheiat contract individual de muncă în formă scrisă și pentru care dovada clauzelor contractuale și a prestațiilor efectuate se poate face prin orice alt mijloc de probă.

Susținem cea din urmă ipoteză, doar specificăm că o astfel de situație în practică ar crea dificultăți în procesul de cercetare atunci când s-au produs accidente cu persoanele aflate într-o relație de muncă nedeclarată. În asemenea situații cercetarea accidentului de autoritățile competente în domeniul siguranței ocupaționale devine posibilă numai după dovedirea în instanța de judecată a existenței relațiilor de muncă. Spre exemplu, în anul 2019 s-au produs 3 accidente mortale și 2 grave cu persoane care nu aveau relațiile de muncă legalizate în modul stabilit de legislație. Aceste evenimente s-au produs la un angajator-persoană fizică și 4 agenți economici.[5]

Dispoziția alin. (1) al art. 183 din C.pen, prevede răspunderea penală pentru încălcarea de către o persoană cu funcție de răspundere ori de către o persoană care gestionează o organizație comercială, obștească sau altă organizație nestatală a tehnicii securității, a igienei industriale sau a altor reguli de protecție a muncii, dacă această încălcare a provocat accidente cu oameni sau alte urmări grave.[6]

Din fraza stipulată în conținutul articolului, deducem că victimă poate fi orice persoană. Condiția de bază este ca această persoană să fi suferit în urma unui accident în timp ce își îndeplinea sarcinile de muncă în cadrul unei entități. Nu are importanță dacă angajatorul este persoană fizică sau juridică, fiind relevant în acest

---

4 Legea nr. 186-XVI din 10 iulie 2008, privind securitatea şi sănătatea în muncă, publicată în M.Of. nr. 143-144 din 05.08.2008.

5 https://ism.gov.md/sites/default/files/document/attachments/Raportul%20privind%20activitatea%20autorit%C4%83%C8%9Bilor%20competente%20%C3% AEn%20domeniul%20controlului%20respect%C4%83rii%20legisla%C8%9Biei%20RM%20SSM%20pe%20anul%202019.pdf. [accesat la 09.10.2020].

6 Codul penal nr. 985 din 18.04.2002, publicat în M.Of. nr.72-74 din 14.04.2009.

caz ca subiectul să fie o persoană cu funcţie de răspundere ori o persoană care gestionează o organizaţie comercială, obştească sau altă organizaţie nestatală.

O altă întrebare nu mai puţin importantă este dacă ar putea evolua în calitate de victimă a infracţiunii de încălcare a regulilor de protecţie a muncii persoana care a suportat urmările prejudiciabile specificate în textul din art. 183 din C.pen, în timp ce se afla în vizită, în excursie sau în schimb de experienţă pe teritoriul unităţii.

Cu privire la această problemă în literatura juridică există opinii diferite. În opinia unor autori, victime ale infracţiunii de încălcare a regulilor de protecţie a muncii pot fi atât lucrători ai unităţii, cât şi persoanele străine care s-au regăsit pe teritoriul unităţii. Această opinie fiind fundamentată prin faptul că esenţa încălcării regulilor de protecţie a muncii nu ar trebui să se schimbe în funcţie de cine este victima acestei încălcări. Calificarea infracţiunii depinde de fapta prejudiciabilă care constă în încălcarea regulilor de protecţie a muncii şi de consecinţele survenite în urma acestor încălcări.

În doctrina de specialitate mai există opinia că această problemă ar trebui rezolvată luând în consideraţie obiectul juridic generic al infracţiunii. Întrucât obiectul generic al infracţiunii prevăzute de art. 183 din C.pen, protejează relaţiile sociale împotriva infracţiunilor contra drepturilor politice, de muncă şi altor drepturi constituţionale ale cetăţenilor, indiferent de participarea lor la procesul muncii, atunci se poate presupune că victimele încălcării regulilor de protecţie a muncii pot fi atât persoanele care se află în raporturi juridice de muncă, cât şi persoanele neautorizate care se află pe teritoriul unităţii.

În viziunea autorilor Brînza S. şi Stati. V, în aceste cazuri (aflarea persoanei în vizită, în excursie sau în schimb de experienţă pe teritoriul unităţii ori ca urmare a intruziunii pe teritoriul respectiv, chiar dacă persoana suportă consecinţele indicate în dispoziţia art. 183 din C.pen pe teritoriul unităţii, nu poate fi considerată victimă a infracţiunii prevăzute la această normă.[7]

Susţinem punctul de vedere a autorilor Brînza.S şi Stati. V, bazându-ne pe faptul că persoana responsabilă în ale cărei atribuţii intră asigurarea respectării regulilor de protecţie a muncii în cadrul unităţii nu are nici obligaţiunea şi nici competenţa de a impune respectarea instrucţiunilor de securitate şi sănătate în muncă, persoanelor care se află în vizită, în excursie sau în schimb de experienţă pe teritoriul unităţii ori ca urmare a intruziunii pe teritoriul respectiv, deoarece persoanele nominalizate nu sunt lucrători şi nu îşi desfăşoară activitatea în unitatea respectivă. În caz de accidentare din imprudenţă a persoanelor indicate, după caz se va aplica răspunderea conform art. 149 sau 157 din C.pen.

Referitor la faptul instituirii persoanei juridice în calitate de victimă a infracţiunii de încălcare a regulilor de protecţie a muncii putem menţiona următoarele:

[7] S. Brînza, V. Stati, *Tratat de drept penal, Partea specială*, vol. I, Editura Tiprografia Centrală, Chişinău, 2015, p. 751.

În afară de accidente cu oameni, urmările prejudiciabile specificate la art. 183 din C.pen, pot apărea sub formă de „alte urmări grave". Potrivit opiniei autorilor Brînza. S și Stati. V, prin „alte urmări grave", se înțelege distrugerea sau deteriorarea bunurilor unității, în proporții mari, sistarea îndelungată a funcționării unității, presupunând daune în proporții mari. Rezumând cele expuse, ar rezulta că persoana juridică ar putea evolua în calitate de victimă în cazul în care i-au fost cauzate daune în proporții mari prin încălcarea de către subiectul infracțiunii a tehnicii securității, igienei industriale sau a altor reguli de protecție a muncii.

Nu susținem această ipoteză deoarece considerăm că sintagma „alte urmări grave", urmează a fi exclusă din dispoziția normei prevăzută la art. 183 din C.pen, or, potrivit Hotărârii Curții Constituționale nr. 24 din 17.10. 2019, privind controlul constituționalității unor prevederi din articolele 189 alin. (3) lit. f), 307 alin. (2) lit. c), 327 alin. (2) lit. c), 329 alin. (1) și (2) lit. b) și din articolul 335 alin. (1^1) din C.pen, cu privire la noțiunea „urmări grave", Curtea a remarcat că nu există nici un text normativ care ar defini noțiunea respectivă. De asemenea, legea nu stabilește nici un criteriu material care să cuantifice „gravitatea" urmării prejudiciabile.[8]

Reieșind din considerațiunile *supra* indicate, ajungem la concluzia că persoana juridică nu poate fi victimă a infracțiunii prevăzute la art. 183 din C.pen. Dacă persoanei juridice i-a fost cauzată daună materială, aceasta urmează să se adreseze în instanța de judecată în ordine civilă pentru repararea prejudiciului patrimonial constituit din distrugerea sau deteriorarea bunurilor sale.

În cazul comiterii infracțiunii de încălcare a regulilor de protecție a muncii, putem menționa că există și posibilitatea pluralității de victime. Această situație este prezentă în cazul în care în urma încălcării regulilor de protecție a muncii, au suferit două sau mai multe persoane. În opinia noastră, urmează de completat art. 183 din C.pen cu un alineat suplimentar care urmează să stabilească pedeapsa pentru încălcarea de către o persoana cu funcție de răspundere ori de către o persoană care gestionează o organizație comercială, obștească sau altă organizație nestatală a tehnicii securității, a igienei industriale sau a altor reguli de protecție a muncii, dacă această încălcare a provocat decesul a două sau mai multor persoane.

Luând în considerație că astfel de agravantă lipsește, rezultă că numărul de victime nu influențează asupra calificării faptei, însă poate fi luat în considerație la individualizarea pedepsei specificată în sancțiunea art. 183 din C.pen.

Totodată, menționăm că munca protejată nu poate presupune o activitate ilegală sau imorală. Potrivit art. 46 alin. (8) din Codul muncii, este interzisă încheierea unui contract individual de muncă în scopul prestării unei munci sau a unei activități ilicite ori imorale. În astfel de cazuri, dat fiind faptul că părțile nu se află în raporturi juridice de muncă, producerea din imprudență a vătămării medii ori grave a integrității corporale sau a sănătății ori a decesului victimei atrage răspundere conform art. 157 sau 149 din C.pen.

[8] http://www.constcourt.md/public/ccdoc/hotariri/h_24_151g_urm%C4%83ri%20grave_ro.pdf [accesat la 09.10.2020].

În acelaşi timp, nu este aplicabilă legislaţia privind protecţia muncii, atunci când există riscul profesional inerent anumitor activităţi specifice forţelor armate, poliţiei, precum şi altor organe care asigură ordinea de drept. Conform art. 1 din legea privind securitatea şi sănătatea în muncă prin *risc profesional se are în vedere risc de accidentare sau de îmbolnăvire profesională* care constituie combinaţie între probabilitatea şi gravitatea unei posibile leziuni sau afectări a sănătăţii într-o situaţie periculoasă. Datorită naturii profesiilor în cauză, cei care le exercită îşi asumă riscul de accidentare sau de îmbolnăvire profesională. În aceste cazuri chiar dacă persoana suportă urmările prejudiciabile specificate în textul de la alin. (1) art. 183 din C.pen pe teritoriul unităţii, nu poate fi considerată victimă a infracţiunii prevăzute la această normă.

În concluzie, precizăm că cele mai des întâlnite probleme în practică apar atunci când sunt accidentate persoanele care nu au încheiate contracte individuale de muncă cu angajatorul, astfel remarcăm faptul că pot evolua în calitate de victime atât persoanele care au raporturi de muncă înregistrate oficial cu angajatorul indiferent de motivele apariţiei acestor relaţii juridice, cât şi persoane ale căror relaţii de muncă nu au fost formalizate în modul prevăzut de legislaţia muncii. În acest din urmă caz, este necesar să se procedeze la stabilirea relaţiei de muncă efective dintre angajator şi lucrătorul victimă.

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-11

Reglementarea actuală a violenței domestice contra femeilor – între standardele europene referitoare la digitalizare și noile exigențe naționale penale

Current regulation of domestic violence against women – between European standards on digitization and new national criminal law requirements

Alina Mirabela Gentimir[1]

Rezumat: Lucrarea scoate în evidență evoluția normativă și jurisprudențială a fenomenului violenței domestice, fenomen care, din nefericire, marchează realitatea cotidiană atât la nivel național, cât și la nivel internațional. De-a lungul timpului, pentru a se eradica acest fenomen, au fost propuse diverse măsuri care s-au pliat pe evoluția societății umane - măsuri contre violenței domestice cibernetice, dar și măsuri care au avut menirea de a înlătura în mod concret și efectiv situații care scoteau în evidență stereotipuri – discriminarea de gen realizată de către organele de poliție – sau tipare comportamentale cu efecte asupra desfășurării procedurilor judiciare – împăcarea victimei cu agresorul nu mai înlătură răspunderea penală.

Cuvinte-cheie: violență domestică; stereotipuri; discriminare de gen; infracțiuni în mediul virtual; împăcarea părților

Abstract: The paper highlights the normative and jurisprudential evolution of the phenomenon of domestic violence, a phenomenon that, unfortunately, marks the daily reality both nationally and internationally. Over the time, in order to eradicate this phenomenon, various measures have been proposed, being taken into account both the evolution of human society - measures against domestic cyberviolence, and, also, measures that were intended to remove concretely and effectively situations which emphasize stereotypes – gender discrimination perpetrated by the police – or behavioral patterns with effects on the conduct of legal proceedings – reconciliation of the victim with the aggressor no longer removes criminal liability.

Key-words: domestic violence; stereotypes; gender discrimination; cybercrime; reconciliation

[1] Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, email : gentimir@uaic.ro.

1. Introducere

Nivelul de conștiință al actualei societăți umane este compatibil cu tipare negative de gândire față de situații în care sunt implicați reprezentanți ai celor două genuri universal recunoscute?

Una dintre formele de manifestare a relațiilor de putere inegale dintre femei și bărbați este violența împotriva femeilor, aceasta constituind un fenomen care marchează o structură socială orientată pe gen, care nu oferă persoanelor vătămate protecția necesară[2]. Inacțiunea statului, dovedită de frecventele cazuri de absență a intervenției de prevenire, stopare a violenței și ulterior de sancționare unor astfel de comportamente datorită respectării unor stereotipuri patriarhale privind rolurilor de gen, determină creșterea constantă a numărului de femei victime ale violenței care nu au posibilitatea efectivă de a beneficia de aplicarea legislației specializate adoptate în privința eradicării acestui fenomen social.

Datorită contribuției esențiale la manifestarea violenței domestice, stereotipurile de gen trebuie prezentate atât din perspectiva conținutului lor ideatic – ele fiind apreciate a fi idei preconcepute sau idei generale despre „rolurile, comportamentele, activitățile și atributele construite social, pe care o societate dată le consideră adecvate pentru femei și bărbați[3]„, cât și din perspectiva aplicarea lor – practica atribuirii unei femei sau a unui bărbat însuși atribute, caracteristici sau roluri specifice doar din cauza apartenenței sale la grupul social de femei sau bărbați.

Important de subliniat este faptul că stereotipul de gen este greșit când determină încălcarea drepturilor și libertăților fundamentale[4], dovadă că există stereotipuri pozitive – femeia educă copiii, dar și stereotipuri negative – femeia este slabă .

O analiză atentă a dinamicii acțiunilor constitutive a violenței domestice[5] scoate în evidență faptul că stereotipurile de gen sunt un obstacol în materializarea progresului semnificativ în ceea ce privește îndeplinirea obligațiilor în materie de drepturi ale omului cu strictă referire la eradicarea stereotipurilor nocive și stereotipurilor ilegale[6]. Dat fiind impactul general la nivelul întregii societăți,

---

[2] T. Hentschel, M. E. Heilman, C. V. Peus, *The Multiple Dimensions of Gender Stereotypes: A Current Look at Men's and Women's Characterizations of Others and Themselves,* Journal Frontiers in Phychology, January, 2019, https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2019.00011/full accesat 10.05.2021, https://doi.org/10.3389/fpsyg.2019.00011

[3] Articolul 3 aliniatul 3 litera c) al Convenției Consiliului Europei privind prevenirea și combaterea violenței împotriva femeilor și a violenței domestice (Convenția de la Istanbul), adoptată de Consiliul Europei pe 11 mai 2011 și a intrat în vigoare pe 1 august 2014.

[4] Articolul 5 Convenția privind eliminarea tuturor formelor de discriminare contra femeilor, adoptată în 18 decembrie 1979 și care a intrat în vigoare la 3 septembrie 1981.

[5] H.R. Radu, *Examen al jurisprudenței Curții Europene a DrepturilorOmului referitoare la violența domestică*, Pro Lege, 2020, nr. 2, pp. 129-150.

[6] Rezoluția Parlamentului European din 12 martie 2013 referitoare la eliminarea stereotipurilor de gen în UE (2012/2116(INI)), Jurnalul Oficial al Uniunii Europene

realizarea unui astfel de deziderat trebuie să devină mobilul desfăşurării unei acţiuni colective[7] în care parteneri să fie deopotrivă factori politici cu atribuţii la nivel internaţional, dar şi la nivel naţional, practicieni ai dreptului, sociologi, funcţionari publici naţionali, dar şi funcţionari internaţionali, reprezentanţi ai mediului academic, societate civilă, în special[8].

2. Delimitări conceptuale

În 1992, în cadrul *Recomandării generale a Comitetul Naţiunilor Unite pentru Eliminarea Discriminării împotriva femeilor nr.19*[9], au fost precizate elementele definitorii pentru violenţa bazată pe gen, aceasta fiind „violenţa care este îndreptată împotriva unei femei pentru că este femeie sau care afectează femeile în mod disproporţionat [10]" şi, deopotrivă, „o formă de discriminare care se inhibă serios capacitatea femeilor de a se bucura de drepturi şi libertăţi de egalitate cu bărbaţii"[11].

În 1993, în textul *Declaraţiei Naţiunilor Unite privind eliminarea Violenţa împotriva femeilor*, s-a stipulat că „violenţa împotriva femeilor înseamnă orice faptă de violenţă bazată pe gen, care are ca rezultat, sau este probabil să rezulte, fizic, sexual sau vătămare psihică sau suferinţă pentru femei, inclusiv ameninţări cu astfel de acte, constrângere sau privarea arbitrară de libertate, indiferent dacă care apar în viaţa publică sau privată[12]" .

În 1995, în cadrul *Celei de-a patra Conferinţe mondiale despre femei de la Beijing şi a Declaraţiei de la Beijing şi Platformei pentru acţiune*[13], definiţia violenţei contra femeilor este extinsă, conţinând mai multe elemente: „(A) violenţă fizică, sexuală şi psihologică care se produce în familie, inclusiv bătaia, abuzul sexual asupra copiilor de sex feminin în gospodărie, violenţă cauzată de zestre, viol

2016/C 036/04, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2012-0401_RO.html accesat 12.05.2021.

7 M. Sandu, *Protecţia umană prin control social. Bazele asistenţei sociale moderne*, în Sociologia la Alma Mater Iassiensis. In honorem Vasile Miftode (coord. Cristina Gavriluţă), Editura Universităţii „Alexandru Ioan Cuza" din Iaşi, 2017, pp.182-197.

8 Ghid privind stereotipurile de gen şi accesul la justiţie elaborat de Biroul Înaltului Comisar al Naţiunilor Unite pentru Drepturile Omului, 2020, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GenderStereotyping_EN.pdf accesat 12.05.2021.

9 *Recomandarea generală a Comitetul Naţiunilor Unite pentru Eliminarea Discriminării împotriva femeilor* (Comitetul CEDAW) nr. 19: Violenţa contra femeilor, 1992, https://www.refworld.org/docid/52d920c54.html accesat 13.05.2021.

10 Articolul 6 al Convenţiei pentru eliminarea tuturor formelor de discriminare împotriva femeilor.

11 Articolul 1 al Convenţiei pentru eliminarea tutoror formelor de discriminării împotriva femeilor.

12 Articolul 1 al *Declaraţiei din 20 decembrie 1993 privind eliminarea violenţei împotriva femeilor (A/RES/48/104),* https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.21_declaration%20elimination%20vaw.pdf, accesat 13.05.2021.

13 *A patra Conferinţă mondială despre femei de la Beijing, Declaraţia de la Beijing rezultată şi Platforma pentru acţiune*, 4-15 septembrie 1995, https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf, accesat 13.05.2021.

marital, mutilare genitală feminină și alte practici tradiționale dăunătoare pentru femei, violența non-conjugală și violența legată de exploatare; „(B) violență fizică, sexuală și psihologică care apare în cadrul comunității generale, inclusiv viol, abuz sexual, hărțuire sexuală și intimidare la locul de muncă, în educație, instituții și în altă parte, trafic de persoane femei și prostituție forțată; „(C) fizice, sexuale și psihologice violența comisă sau condamnată de stat, oriunde se întâmplă ”.

În 2011, în cadrul articolului 3 al Convenției Consiliului Europei privind prevenirea și combaterea violenței împotriva femeilor și a violenței domestice (Convenția de la Istanbul) [14] se stabilesc repere mai clare precum: "violența împotriva femeilor este înțeleasă drept o încălcare a drepturilor omului și o formă de discriminare împotriva femeilor și va însemna toate acțiunile de violență de gen care rezultă în, sau care sunt probabile a rezulta în, vătămarea sau suferința fizică, sexuală, psihologică sau economică cauzată femeilor, inclusiv amenințările cu asemenea acțiuni, coerciția sau deprivarea arbitrară de libertate, indiferent dacă survine în public sau în viața privată; violența domestică va însemna toate acțiunile de violență fizică, sexuală, psihologică sau economică, care survin în familie sau în unitatea domestică sau între foștii sau actualii soți sau parteneri, indiferent dacă agresorul împarte sau a împărțit același domiciliu cu victima; violența de gen împotriva femeilor va însemna violența care este direcționată împotriva unei femei pentru că ea este o femeie sau care afectează femeile în mod disproporționat".

2.1. Forme de manifestare a violenței domestice contra femeilor

Formele de manifestare a violenței domestice prezintă o complexitate deosebită prin incidența afectării mai multor valori sociale fundamentale într-o societate democratică, incluzând variante ale violenței fizice și sexuale, ale violenței psihologice a partenerului, a urmăririi obsesive, a hărțuirii sexuale, a experiențelor violente din copilărie, a fricii de victimizare[15].

Violența contra femeilor se distinge a fi forma de violență domestică cel mai frecvent întâlnită, într-o variantă plurivalentă de manifestare: fie în sfera vieții sexuale – violul și abuzul sexual, fie în cadrul unor anumite activități desfășurate de organe ale statului cu efecte asupra femeilor precum violența poliției, maltratarea în detenție, rele tratamente aplicate în cadrul procesului de expulzare, fie în interiorul familiei – maltratări, fie în sferă socială – excluderea socială și traficul de persoane[16].

---

[14] Articolul 3 al Convenției Consiliului Europei privind prevenirea și combaterea violenței împotriva femeilor și a violenței domestice.

[15] Fișă tematică privind violența domestică elaborată de Unitatea de Presă a Curții Europene a Drepturilor Omului, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Domestic_violence_ENG.pdf, accesat 14.05.2021.

[16] Fișă tematică privind violența contra femeilor elaborată de Unitatea de Presă a Curții Europene a Drepturilor Omului, https://www.echr.coe.int/ Documents/FS_Violence_Woman_ENG.pdf, accesat 14.05.2021.

2.2. Discriminarea de gen – factor esenţial de inacţiune a organelor statelor în cazul violenţei domestice contra femeilor

Poziţia cel mai frecvent întâlnită în privinţa violenţei domestice contra femeilor exclude posibilitatea de a analiza situaţiile în care sunt implicate femeile într-o astfel de variantă de manifestare prin raportare la încălcarea principiului fundamental al egalităţii de gen care are consecinţe numeroase asupra modului de valorificare şi a altor valori sociale precum demnitatea, viaţa, integritatea fizică şi psihică, viaţa privată, viaţa de familie, accesul la justiţie[17] în plan naţional şi european.

Dacă o astfel de abordare ar putea fi acceptată în cazul organelor naţionale, adoptarea ei de către mecanisme europene de garantare a drepturilor omului precum Curtea europeană a drepturilor omului poate ridica serioase semne de întrebare asupra modului în care se poate interveni în mod concret la schimbarea percepţiei acestui fenomen social şi la eradicarea acestuia. Astfel, este creată posibilitatea ca femeile victime ale violenţei domestice să introducă o plângere pentru a invoca existenţa discriminării lor directe[18], discriminarea indirectă fiind exclusă datorită dificultăţii probării sale, deşi se apreciază că articolul 14 al Convenţiei europene a drepturilor omului nu este sediul materiei pentru cazurile de discriminare sexuală. Deopotrivă, instanţa de la Strasbourg a statuat că nu este oportună analizarea unei situaţii în temeiul articolului 14 ulterior tratării acesteia în variantă extinsă în temeiul articolelor 2, 3, 4 şi 8 ale Convenţie[19].

Gradualitatea măsurilor autorităţilor statelor sunt circumscrise obligaţiilor materiale[20] şi procedurale specifice drepturilor prevăzute în Convenţie care pentru a deveni eficiente trebuie luate în scop preventiv - pentru a descuraja efectele violente şi a le preveni materializarea [21] sau pentru a întrerupe[22] sau sancţiona comportamentul agresiv[23].

---

17 G.-L. Ispas, D. Panc, *Organizarea justiţiei în Uniunea Europeană*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2021, pp. 22-30.

18 CtEDO, *Opoz v Turcia*, hotărâre din 9 iunie 2009, cererea nr. 33401/02: lipsa generală de răspuns a sistemul judiciar pentru cazurile de violenţă împotriva femeilor include tolerarea unei astfel de violenţe, reflectând o atitudine discriminatorie faţă de victima ca femeie.

19 Fişă tematică privind violenţa domestică elaborată de Unitatea de Presă a Curţii Europene a Drepturilor Omului, https://www.echr.coe.int/Documents/ FS_Domestic_ violence_ENG.pdf, accesat 14.05.2021.

20 CtEDO, *Ayrei v. Irlanda*, hotărâre din 9 octombrie 19779, cererea nr. 6289/73: obligaţia statelor contractante de a asigura victimelor violenţei domestice realizarea de măsuri de sprijin social, cum ar fi adăpostul cazarea şi locuinţa.

21 CtEDO, *Kontrova v. Slovacia*, hotărâre din 31 mai 2007, cererea nr. 7510/04: Autorităţile naţionale au datoria de a lua măsuri operaţionale preventive rezonabile pentru a reacţiona în timp util în cazurile de violenţa împotriva femeilor în care au ştiut sau ar fi trebuit să cunoască existenţa unui risc real şi imediat de violenţă asupra unei femei.

22 CtEDO, *Hajduova v. Slovacia*, hotărâre din 30 noiembrie 2010, cererea nr. 2660/03: autorităţile trebuie să ia măsuri din oficiu, chiar şi împotriva opoziţiei exprese a victimei. CtEDO, *Bevacqua v Bulgaria*, hotărâre din 12 iunie 2008, cererea nr. 71127/01: sunt necesare modalităţi mai flexibile de a reacţiona la o situaţie violentă.

23 CtEDO, *Durmaz v. Turcia*, 13 februarie 2015, cererea nr. 3621/07: Investigaţii trebuie să

2.3. Perspectivă diacronică asupra jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului împotriva României privind violența domestică contra femeilor

Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului împotriva României atestă manifestarea deplină a stereotipurilor de gen în pofida existenței unui cadru normativ suficient de extins încât să ofere modalitățile eficiente pentru a stopa îndeplinirea actelor agresive.

Încălcarea obligației procedurale arondate dreptului la integritate, reglementat de articolul 3 al Convenției europene a drepturilor omului, prezintă diferite variante de acțiune și inacțiune precum neefectuarea unei investigații eficiente care să ofere o protecție efectivă femeilor victime ale violenței domestice prin cooperarea dintre autoritățile statului datorită relativității dovedirii violenței de către victimă, în pofida plângerilor sale multiple[24] sau subminarea drepturilor procesuale ale persoanei vătămate pe parcursul procedurii judiciare[25].

Analizarea dreptului la integritate a fost realizată totuși și în concurs cu dreptul la nediscriminare de gen. În condițiile existenței unui cadru normativ relevant în materia violenței domestice și sesizării repetate a autorităților – organe de poliție și instanțe judecătorești, acestea au oferit argumente exprese privind respectarea substanței stereotipurile de gen ca stereotipuri specifice într-o societate patriarhală: femeia victimă a provocat agresiunile și aceste fapte nu prezintă gradul de pericol social al unei infracțiuni. O astfel de atitudine discriminatorie față de o femeia victimă a violenței domestice repetate nu numai că a anulat scopul legislației românești în materie, dar a fost în total dezacord cu standardele internaționale de reglementare a violenței contra femeilor, demonstrând că România încalcă angajamentele asumate la nivel european și internațional în privința combaterii violenței domestice contra femeilor[26].

Un alt concurs de drepturi care este elocvent în materia violenței domestice contra femeilor și care este abordat de autoritățile naționale din perspectiva stereotipurilor de gen este constituit de dreptul la integritate și dreptul la viață privată. Organele judiciare nu au abordat ancheta penală sub aspectul problemei specifice a violenței domestice și, astfel, nu au reușit să acționeze proporțional cu gravitatea faptelor denunțate de către victima, apreciind că amenințările la adresa acesteia nu sunt suficient de grave pentru a fi calificate drept infracțiune și că nu există dovezi directe care să ateste că rănile ar fi fost cauzate de fostul ei soț[27].

---

cuprindă o considerație deschisă și imparțială de către autoritățile care anchetează toate cauzele posibile în acest caz.

CtEDO, *P.M. v. Bulgaria*, hotărâre din 24 ianuarie 2012, cererea nr. 49669/07: investigația ar trebui să fie finalizată în timp util.

24 CtEDO, *E.M. v. România*, 30 octombrie 2012, cererea nr. 43994/05.

25 CtEDO, *E.B. v. România*, 19 martie 2019, cererea nr. 49089/10.

26 CtEDO, *Bălşan v. România*, hotărârea din 25 mai 2017, cererea nr. 49645/09.

27 CtEDO, *Buturugă v. România*, hotărârea din 11 februarie 2020, cererea nr. 56867/15.

Interpretarea evolutivă și extinsă a dreptului la viață privată scoate în evidență necesitatea includerii în conținutul dreptului la viață privată și a modalităților moderne de comunicare utilizate de persoana vătămată în acord cu dezvoltarea actuală a tehnologiei. Dacă organele judiciare au desfășurat o investigație incompletă în privința agresiunilor de ordin fizic săvârșite asupra victimei, în ceea ce privește încălcarea secretului corespondenței, care era conexă plângerii privind violențele fizice, acestea au ales să ignore în totalitate solicitările victimei.

Pentru a se satisface direcția de abordare impusă de realitatea cotidiană actuală, s-au statuat aspecte esențiale referitoare la o formă modernă de violență – cyber-violența – care a fost calificată ca fiind „un aspect al violenței împotriva femeilor și fetelor și că poate apărea sub diferite forme, inclusiv sub forma încălcării confidențialității informatice, a intruziunii în computerul victimei și a preluării, distribuirii și manipulării de date și imagini cu caracter personal".

În contextul violenței în familie, cyber-supravegherea, care se poate realiza prin ilegala monitorizare, accesare sau salvare a corespondenței soțului, trebuie să fie avută în vedere de autoritățile naționale care investighează acte de violență conjugală, date fiind prevederile Codului penal român care reglementează sesizarea din oficiu a autorităților în cazul interceptării neautorizate a unei conversații purtate prin orice mijloc electronic de comunicare, condiția unei plângeri prealabile fiind prevăzuta doar pentru deschiderea, scoaterea, distrugerea ilegală sau păstrarea corespondenței adresate altora[28].

[28] Articolul 302 din Codul penal al României adoptat prin Legea nr. 286/2009, publicată în M.Of. nr. 510 din 24 iulie 2009, http://codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Romania-RO.html accesat 14.05.2021.
Violarea secretului corespondenţei (*1) Deschiderea, sustragerea, distrugerea sau reţinerea, fără drept, a unei corespondenţe adresate altuia, precum şi divulgarea fără drept a conţinutului unei asemenea corespondenţe, chiar atunci când aceasta a fost trimisă deschisă ori a fost deschisă din greşeală, se pedepsesc cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă. (2) Interceptarea, fără drept, a unei convorbiri sau a unei comunicări efectuate prin telefon sau prin orice mijloc electronic de comunicaţii se pedepseşte cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă.*
(4) Divulgarea, difuzarea, prezentarea sau transmiterea, către o altă persoană sau către public, fără drept, a conţinutului unei convorbiri sau comunicări interceptate, chiar în cazul în care făptuitorul a luat cunoştinţă de aceasta din greşeală sau din întâmplare, se pedepseşte cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă.
(6) Acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate.

2.4. Proiecte de lege și acte normative discutate și adoptate în România în materia violenței domestice contra femeilor

2.4.1. Definirea violenţei domestice şi stabilirea autorităţilor care trebuie să acţioneze în cazul violenţei domestice [29]

2.4.1.1. Delimitări conceptuale privind violența domestică

Violența domestică este definită ca fiind „orice inacțiune sau acțiune intenționată de violență fizică, sexuală, psihologică, economică, socială, spirituală sau cibernetică, care se produce în mediul familial sau domestic ori între soți sau foști soți, precum și între actuali sau foști parteneri, indiferent dacă agresorul locuiește sau a locuit împreună cu victima”[30].

Violența cibernetică[31] este inclusă deopotrivă în legislația română fiind „hărțuirea online, mesajele online instigatoare la ură pe bază de gen, urmărirea online, amenințările online, publicarea non-consensuală de informații și conținutul grafic intim, accesul ilegal de interceptare a comunicațiilor și datelor private și orice altă formă de utilizare abuzivă a tehnologiei informației și a comunicațiilor prin intermediul calculatoarelor, telefoanelor mobile inteligente sau altor dispozitive similare care folosesc telecomunicațiile sau se pot conecta la internet și pot transmite și utiliza platformele sociale sau de e-mail, cu scopul de a face de rușine, umili, speria, amenința, reduce la tăcere victima”[32].

2.4.1.2. Autorități naționale cu atribuții în materia violenței domestice

Agenția Națională pentru Egalitatea de Șanse între Femei și Bărbați asigură „coordonarea împreună cu alte ministere în raport cu integrarea unei perspective de egalitate între femei și bărbați în toate politicile, programele și cercetarea în domeniul inteligenței artificiale, pentru a evita potențialele riscuri ale tehnologiei care perpetuează sexismul, stereotipurile de gen și violența cibernetică”[33].

Ministerul Muncii și Protecției Sociale, Ministerul Afacerilor Interne, Ministerul Educației și Cercetării, Ministerul Sănătății și Ministerul

---

[29] Proiect de Lege pentru modifcarea şi completarea Legii nr.217/2003 pentru prevenirea şi combaterea violenţei domestic, http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?idp=18108 accesat 14.05.2021 devenit Legea nr. 106 din 3 iulie 2020, privind modificarea şi completarea Legii nr. 217/2003 pentru prevenirea şi combaterea violenţei domestic, M.Of. nr. 588/6 iul. 2020, http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htp_act?nr=106&an=2020, accesat 14.05.2021.

[30] Articolul 3 al Legii nr. 106 din 3 iulie 2020.

[31] A. Iftimiei, *Cyberbullying – aspecte legislative şi jurisprudenţiale de drept comparat*, în Analele ştinţifice ale Universităţii „Alexandru Ioan Cuza” din Iaşi. Seria Ştiinţe Juridice, 2018, nr. II, pp. 49-61.

[32] Articolul 4 alineatul (1), după litera g) se introduce o nouă literă, lit. h) al Legii nr. 106 din 3 iulie 2020.

[33] Articolul 8 alineatul (33) al Legii nr. 106 din 3 iulie 2020.

Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor elaborează și difuzează materiale documentare privind prevenirea, cauzele și consecințele violenței domestice[34].

Deopotrivă, Ministerul Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor prin organismele aflate în coordonare responsabile de prevenirea, analiza, identificarea și reacția la incidente în cadrul infrastructurilor cibernetice, are obligația de a efectua demersurile necesare pentru a dezvolta campanii de sensibilizare publică privind violența cibernetică și să ofere asistență practică autorităților centrale și locale în prevenirea și răspunsul la violența cibernetică. Împreună cu instituțiile prevăzute la articolul 8, Ministerul Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor stabilește, promovează și bugetează programe destinate unei game largi de utilizatori, pentru alfabetizare digitală"[35].

2.4.2. Asistenţa juridică a victimelor violenţei şi ordinul de protecţie[36]

2.4.2.1. Asistența juridică a victimelor violenței

Asistarea sau, după caz, găzduirea victimelor, respectiv asistarea agresorilor în unitățile prevăzute la articolului 16 alineatul (2) – centre de recuperare, locuințe protejate – și (3) – centre pentru prevenirea și combaterea violenței domestice, centre pentru servicii de informare și sensibilizare a populației; centre de asistență destinate agresorilor – se face în baza încheierii unui contract de acordare a serviciilor sociale. Pentru minori contractul de acordare a serviciilor sociale este semnat de părintele însoțitor sau, după caz, de reprezentantul legal[37].

Asistența juridică a persoanei care solicită ordinul de protecție este obligatorie[38]. Dacă victima violenței domestice nu are avocat, i se va acorda asistență juridică din oficiu [39].

2.4.2.2. Ordinul de protecție

Încălcarea de către persoana împotriva căreia a fost emis un ordin de protecție a oricăreia dintre măsurile precum reintegrarea victimei și, după caz, a copiilor în locuința comună; obligarea agresorului la păstrarea unei distanțe minime determinate față de victimă, față de membrii familiei acesteia, astfel cum sunt definiţi potrivit prevederilor art. 5, ori față de reședința, locul de muncă sau unitatea de învățământ a persoanei protejate; obligarea agresorului de a purta permanent un sistem electronic de supraveghere; obligarea agresorului de a preda poliției armele deținute – ori – obligarea agresorului la păstrarea unei distanțe minime determinate față de victimă, față de membrii familiei acesteia, astfel cum

34 Articolul 9 alineatul (1) al Legii nr. 106 din 3 iulie 2020.

35 Articolul 9 alineatul (3) al Legii nr. 106 din 3 iulie 2020.

36 Proiect de Lege pentru modificarea Legii nr.217/2003 pentru prevenirea şi combaterea violenţei domestic, http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?idp=187 01&tot=1 accesat 14.05.2021 devenit Lege nr.183 din 19 august 2020 privind modificarea Legii nr. 217/2003 pentru prevenirea şi combaterea violenţei domestice, M.Of. nr. 758/19 aug. 2020, http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htp_act?ida=167421 accesat 14.05.2021.

37 Articolul 16, alineatul (7) al Legii nr.183 din 19 august 2020.

38 Articolul 27, alineatul (2) al Legii nr.183 din 19 august 2020.

39 Anexa, punctul II «Asistenţa Juridică» a Legii nr.183 din 19 august 2020.

sunt definiți potrivit prevederilor articolul 5, ori față de reședința, locul de muncă sau unitatea de învățământ a persoanei protejate cumulată cu obligarea agresorului de a purta permanent un sistem electronic de supraveghere; atunci când s-a dispus obligarea agresorului de a păstra o distanță minimă față de victimă și, după caz, membrii familiei acesteia, persoanele protejate își exprimă acordul de a purta un sistem electronic de supraveghere care să permită verificarea respectării obligației agresorului – și dispuse prin ordinul de protecție constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare[40].

2.4.3. Efectele împăcării părților[41]

În cazul infracțiunilor prevăzute în articolul 193 al Codului penal – loviri și alte violențe[42] – și articolul 196 – vătămarea corporală din culpă[43] – săvârșite asupra unui membru de familie, acțiunea penală poate fi pusă în mișcare și din oficiu, fiind suprimată astfel posibilitatea ca împăcarea să înlăture răspunderea penală[44].

---

40 Articolul 32 al Legii nr.183 din 19 august 2020.

41 Proiect de Lege pentru modificarea art. 199 alin.(2) din Legea nr.286/2009 privind Codul penal, http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?idp=16428 accesat 14.05.2021 devenit LEGE nr.233 din 5 noiembrie 2020 pentru modificarea art. 199 alin. (2) din Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, M.Of. nr. 1036/5 noi. 2020, http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htp_act?ida=169372 accesat 14.05.2021.

42 Articolul 193 din Codul penal al României adoptat prin Legea nr. 286/2009, publicată în M.Of. nr. 510 din 24 iulie 2009, http://codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Romania-RO.html accesat 14.05.2021 - Loviri și alte violențe

(1) Lovirea sau orice acte de violență cauzatoare de suferințe fizice se pedepsesc cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă.

(2) Fapta prin care se produc leziuni traumatice sau este afectată sănătatea unei persoane, a cărei gravitate este evaluată prin zile de îngrijiri medicale de cel mult 90 de zile, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani sau cu amendă.

(3) Acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate.

43 Articolul 196 -Vătămarea corporală din culpă

(1) Fapta prevăzută în art. 193 alin. (2) săvârșită din culpă de către o persoană aflată sub influența băuturilor alcoolice ori a unei substanțe psihoactive sau în desfășurarea unei activități ce constituie prin ea însăși infracțiune se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă.

(2) Fapta prevăzută în art. 194 alin. (1) săvârșită din culpă se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă.

(3) Dacă urmările prevăzute în alin. (1) - (3) s-au produs față de două sau mai multe persoane, limitele speciale ale pedepsei se majorează cu o treime.

(4) Acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate.

44 V. Cioclei, *Violența în familie, o noua țintă a politicii penale populiste*, https://www.universuljuridic.ro/violenta-in-familie-o-noua-tinta-a-politicii-penale-populiste/, accesat 14.05.2021.

2.4.4. Incriminarea distribuirii de imagini intime[45]

Dată fiind includerea în legislația română și a violenței prin utilizarea tehnologiei, se impune adaptarea la standardele actuale a legislației penale în materia violenței domestice manifestată în mediul virtual. Astfel, se impune să fie modificat și articolul 226 al Codului penal care reglementează violarea vieții private.

O propunere de modificare a conținutului infracțiunii de violare a vieții private „divulgarea, difuzarea, prezentarea sau transmiterea, în orice mod, a unei imagini intime a unei persoane fără consimțământul persoanei înfățișate, de natură să provoace acesteia o suferință psihică sau o știrbire a imaginii sale, comisă în scop de răzbunare, umilire, intimidare sau hărțuire”[46].

Se oferă și două situații în care se exclude întrunirea elementelor constitutive ale infracțiune de violare a vieții private. Prima situație se referă la cazul în care „dacă prin săvârșirea acestei fapte se surprinde săvârșirea unei infracțiuni sau contribuie la dovedirea săvârșirii unei infracțiuni se exclude răspunderea penală a făptuitorului”. A doua situație vizează ipoteza „dacă surprinde fapte de interes public care au semnificație pentru viața comunității și a căror divulgare prezintă avantaje publice mai mari decât prejudiciul produs persoanei vătămate”[47].

Sub aspect procedural, se indică punerea în mișcare a acțiunii penale să se realizeze la plângerea prealabilă a persoanei vătămate pentru faptele prevăzute în articolul 226 alineatele 1, 2 și 4^1 din Codul penal.

Cumulativ se dorește introducerea unei definiții a conceptului de „imagine intimă” pentru a fi înlăturate elemente subiective de apreciere a situațiilor ce constituie elemente constitutive ale infracțiunii de violare a vieții private. Astfel, sunt propuse două variante de definiție. O primă definiție se referă la „orice imagine a unei persoane care își expune organele genitale, anusul sau, în cazul femeilor, sânii, sau care este implicată într-un raport sexual sau un act sexual”. O a doua variantă de definiție se referă la „orice înregistrare, indiferent de suport, a înfățișării fizice a unei persoane care își expune organele genitale, anusul sau, în cazul femeilor, sânii, sau care este implicată într-un raport sexual sau un act sexual”[48].

---

45 Proiect de Lege pentru modificarea și completarea art. 226 din Legea nr.286/2009 privind Codul penal, http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?idp=18140 accesat 14.05.2021; Punct de vedere ale Guvernului României nr.176/31.01.2020 aprobat în ședința din 19 februarie 2020, http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?idp=18140 accesat 14.05.2021 ; Punct de vedere ale Guvernului României nr.2195/01.04.2021 aprobat în ședința din 2 aprilie 2021, http://www.cdep.ro/proiecte/2019/600/00/6/pvg2195_02.04.2021.pdf accesat 14.05.2021.

46 Articol unic alineatul 2 pc. 4^1 al Punctului de vedere ale Guvernului României nr.176/31.01.2020 aprobat în ședința din 19 februarie 2020.

47 Articol unic alineatul 2 pc. 4^3 al Punctului de vedere ale Guvernului României nr.176/31.01.2020 aprobat în ședința din 19 februarie 2020.

48 Articol unic alineatul 2 pc. 4^2 (precizări suplimentare) al Punctului de vedere ale Guvernului României nr. 176/31.01.2020 aprobat în ședința din 19 februarie 2020.

Cea mai recentă variantă de modificare a infracțiunii de violare a vieții private reține doar parțial definiția propusă anterior, cu reținerea elementelor esențiale ale infracțiunii și, deopotrivă, doar primul caz de excludere a săvârșirii infracțiunii. Astfel, forma propusă se referă la „divulgarea, difuzarea, prezentarea sau transmiterea, în orice mod, a unei imagini intime a unei persoane fără consimțământul persoanei înfățișate, de natură să provoace acesteia o suferință psihică sau o știrbire a imaginii sale. Dacă prin săvârșirea acestei fapte se surprinde săvârșirea unei infracțiuni sau contribuie la dovedirea săvârșirii unei infracțiuni se exclude răspunderea penală a făptuitorului”[49].

3. Obligațiile statelor în materie de combatere a violenței domestice

Statele vor lua toate măsurile corespunzătoare pentru: „ a modifica schemele și metodele de comportament social și cultural al bărbatului și femeii, pentru a se ajunge la eliminarea prejudecăților și practicilor cutumiare sau de altă natură care sunt bazate pe ideea de inferioritate sau superioare a unui sex, sau pe imaginea șablon privind rolul bărbatului sau al femeii; a asigura ca educația în familie să contribuie la o înțelegere clară a faptului că maternitatea este o funcție socială și recunoașterea responsabilității comune a bărbatului și femeii în creșterea și educarea copiilor și în asigurarea dezvoltării lor, ținând seama că interesul copilului este condiția primordială în toate cazurile”[50].

Statele care „condamnă discriminarea față de femei sub toate formele sale, convin să ducă prin toate mijloacele adecvate și fără întârziere o politică vizând să elimine discriminarea față de femei și, în acest scop, se angajează:

a) să înscrie în constituția lor națională sau în alte dispoziții legislative corespunzătoare principiul egalității bărbaților și femeilor, în măsura în care acest lucru nu a fost deja efectuat, și să asigure, pe cale legislativă sau pe alte căi adecvate, aplicarea efectivă a acestui principiu;

b) să adopte măsuri legislative și alte măsuri corespunzătoare, inclusiv sancțiuni în caz de nevoie, care să interzică orice discriminare față de femei;

c) să instituie o protecție pe cale jurisdicțională a drepturilor femeilor pe bază de egalitate cu bărbații și să garanteze prin intermediul tribunalelor naționale competente și al altor instituții publice protecția efectivă a femeilor împotriva oricărui act discriminatoriu;

d) să se abțină de la orice act sau practică discriminatorie față de femeie și să asigure ca autoritățile și instituțiile publice să se conformeze acestei obligații;

e) să ia toate măsurile corespunzătoare pentru eliminarea discriminării față de femei de către o persoană, o organizație sau o întreprindere oricare ar fi aceasta;

[49] Punct de vedere ale Guvernului României nr. 2195/01.04.2021 aprobat în ședința din 2 aprilie 2021.

[50] Articolul 5 al Convenției privind eliminarea tuturor formelor de discriminare față de femei.

f) să ia toate măsurile corespunzătoare, inclusiv prin dispozițiile legislative, pentru modificarea sau abrogarea oricărei legi, dispoziții, cutume sau practici care constituie o discriminare față de femei”[51].

Concluzii

Demersurile normative naționale și internaționale privind eradicarea violenței împotriva femeilor au fost inițiate în vedere înlăturării obstacolelor pe care femeile cărora le sunt lezate demnitatea, viața, egalitatea, integritatea fizică și psihică, viață de familie le întâlnesc în eforturile lor de a solicita și de a primi protecție și asistență deopotrivă în cadrul sistemelor naționale și europene. Acestea contribuie în mod decisiv la încurajarea femeilor victime ale violenței, pentru a preveni consecințele individuale ale traumatizării, sentimentele de neputință și victimizarea secundară și, deopotrivă, pentru a descuraja infractorii și încuraja societatea în ansamblu, inclusiv autoritățile de aplicare a legii, să abandoneze atitudini arhaice echivalând cu reprimarea femeilor[52].

Referințe

Cioclei V., *Violenţa în familie, o noua ţintă a politicii penale populiste*, https://www.universuljuridic.ro/violenta-in-familie-o-noua-tinta-a-politicii-penale-populiste/ [on-line]

Hentschel T., Heilman M. E., Peus C. V., *The Multiple Dimensions of Gender Stereotypes: A Current Look at Men's and Women's Characterizations of Others and Themselves,* Journal Frontiers in Phychology, January, 2019, https://doi.org/10.3389/fpsyg.2019.00011

Iftimiei A., *Cyberbullying – aspecte legislative şi jurisprudenţiale de drept comparat*, în Analele științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași. Seria Științe Juridice, 2018, Supliment, pp. 49-62

Ispas G.-L., Panc D., *Organizarea justiţiei în Uniunea Europeană*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2021

Radu H.R., *Examen al jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului referitoare la violenţa domestică*, Pro Lege, 2020, nr. 2, pp. 129-150

Sandu M., *Protecţia umană prin control social. Bazele asistenţei sociale moderne*, în *Sociologia la Alma Mater Iassiensis. In honorem Vasile Miftode* (coord. Cristina Gavriluță), Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, 2017

[51] Articolul 2 al Convenției privind eliminarea tuturor formelor de discriminare față de femei.

[52] Raport elaborat de Divizia Cercetare a Curții Europene a Drepturilor Omului, *Acces egal la justiţie în jurisprudenţa privind violenţa împotriva femeilor la Curtea Europeană a Drepturilor Omului*, 2015, pp. 8-16, https://rm.coe.int/168066e16f accesat 14.05.2021.

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-12

Prezentare generală a regimurilor de protecție a libertății de exprimare

Overview of Worldwide Regimes for the Protection of Freedom of Expression

Carmen Moldovan[1]

Rezumat: Manifestări și afirmații diverse din perioada actuală, provenite fie de la simpli particulari, fie de la persoane cu funcții oficiale, răspândite foarte rapid pe întreg globul, aduc în discuție aspecte esențiale în legătură cu exercitarea libertății de exprimare și posibilitatea aplicării de restricții discursurilor sau afirmațiilor abuzive ce depășesc cadrul de protecție și standardele stabilite la nivel internațional. Prezenta lucrare își propune să exploreze cadrul normativ de protecție a libertății de exprimare în diferite sisteme și mecanisme de garantare a drepturilor fundamentale și să sublinieze caracterul relativ (sau derogabil) al acestui drept. În acest sens, vor fi identificate atât caracteristicile comune ale instrumentelor juridice de protecție, precum și diferențe între domeniul de aplicare și aspecte particulare ale întinderii acestuia, în funcție de circumstanțele specifice unui anumit spațiu juridic. Scopul lucrării nu este de a furniza o analiză exhaustivă asupra problemelor legate de punerea în practică a elementelor libertății de exprimare, ci urmărește trasarea liniilor și principiilor generale de protecție și de limitare.

Cuvinte cheie: domeniu de aplicare; principii; limite; jurisdicție

Abstract: Current various manifestations and statements, coming either from simple individuals or from people holding official positions, spread very quickly around the globe and bring into discussion essential issues related to the exercise of freedom of expression and the possibility of interference on abusive speech that is excluded from the protection framework and internationally established standards. The aim of the paper is to explore the regulatory framework for the protection of freedom of expression in various systems and mechanisms established to guarantee fundamental rights (global and regional) and to emphasize the relative nature of this right. In this respect, both common features common of the legal instruments of protection and differences between the scope and special issues will be identified, taking into consideration the specific circumstances of a particular legal area. The purpose of the paper is not to provide a comprehensive analysis of the issues related to the implementation of the elements of freedom of expression, after which general lines and principles of protection and limitation are drawn.

[1] Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, email: carmen.moldovan@uaic.ro

Keywords: scope; principles of application; restrictions; jurisdiction

1. Introducere

Libertatea de exprimare reprezintă un drept fundamental central și esențial al societății contemporane democratice, cu multiple funcții sociale la nivel colectiv și individual[2], ce contribuie la dezvoltarea persoanelor și a comunicării, prin schimbul constant de idei și opinii[3]. Consecința acestui statut este consacrarea la nivel universal și regional, a libertății de exprimare și stabilirea unor standarde comune pentru asigurarea realizării efective a acesteia ce implică atât obligații negative cât și obligații pozitive în sarcina statelor.

Datorită sferei cuprinzătoare a termenului exprimare, cuvânt (*speech*) și posibilității apariției de interese opuse importante, s-a manifestat o grijă deosebită cu privire la proiectarea conținutului libertăților de comunicare în toate statele cu o cultură constituțională sofisticată de protecție a drepturilor omului[4].

Instrumentele juridice internaționale prezintă elemente comune în trasarea domeniului de aplicare și a elementelor componente ale libertății de exprimare, precum și a regulilor prin prisma cărora se realizează examinarea compatibilității ingerințelor de la nivel național, cu principiile și standardele stabilite de state în tratate internaționale. Cele mai eficiente mecanisme de protecție sunt cele regionale de pe continentele european, american și african care au stabilit și un sistem jurisdicțional cu competență în soluționarea cererilor individuale sau interstatale.

Spre deosebire de acestea, reglementările adoptate în cadrul Organizației Națiunilor Unite, deși au influențat apariția actelor regionale și naționale, inclusiv în ceea ce privește conținutul drepturilor fundamentale, nu au stabilit o instituție cu atribuții jurisdicționale similare celor regionale. Interpretările date de Comitetul pentru Drepturile Omului nu au forță juridică obligatorie și nu pot fi puse în executare, cum este cazul hotărârilor pronunțate de instanțele internaționale, ceea ce poate echivala cu o protecție mai redusă, însă la baza funcționării acestuia și a punerii în aplicare a conținutului tratatelor din cadrul Organizației Națiunilor Unite se află principiul bunei credințe a statelor în îndeplinirea obiectivelor tratatelor internaționale.

---

2 ECHR, Lingens c. Austria, Application No. 9815/82, 8 July, 1986.

3 C. Moldovan, *Libertatea de exprimare. Garanții și responsabilități. Ghid de standarde internaționale și europene*, Editura Hamangiu, București, 2018, p. 1 ș. urm; C. Moldovan, *Libertatea de exprimare. Principii, Restricții. Jurisprudență*, Editura C.H. Beck, București, 2012.

4 Fr. Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture,* Comparative Constitutional Architecture, Harvard University, John. F. Kennedy Shool of Government, Faculty Research Working Papers Series, February 2005, p. 4; St. J. Heyman, *Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression*, Boston University Law Review, vol. 78, 1998, p. 1316.

Totodată, pe lângă dispoziţiile din convenţii cu caracter obligatoriu pentru statele părţi, în cadrul organizaţiilor internaţionale au fost adoptate şi documente care în general poartă denumirea de rezoluţii sau declaraţii care nu au forţă juridică obligatorie (şi sunt desemnate generic prin denumirea *soft law),* dar care sunt importante pentru definirea elementelor ce constituie libertatea de exprimare şi relevă ataşamentul statelor pentru valorile şi drepturile consacrate.

Un astfel de exemplu este Declaraţia Universală a Drepturilor Omului, adoptată la 10 decembrie 1948 de către Adunarea Generală a ONU, act internaţional la care se referă toate convenţiile internaţionale de protejare a drepturilor fundamentale, devenind astfel un reper pentru consacrarea acestui domeniu.

2. Principalele instrumente adoptate în cadrul Organizaţiei Naţiunilor Unite

2.1. Declaraţia Universală a Drepturilor Omului şi Pactul internaţional cu privire la drepturile civile şi politice

Unul dintre principiile şi scopurile existenţei Organizaţiei Naţiunilor Unite este protejarea drepturilor şi libertăţilor fundamentale[5] şi a influenţat puternic

[5] Acest principiu este menţionat în mod expres în art. 1 pct. 3 din Carta Organizaţiei Naţiunilor Unite în următoarea formulare: „Scopurile Naţiunilor Unite sunt următoarele:
(...) 3. Să realizeze cooperarea internaţională în rezolvarea problemelor internaţionale cu caracter economic, social, cultural sau umanitar, în promovarea şi încurajarea respectării drepturilor omului şi libertăţilor fundamentale pentru toţi, fără deosebire de rasă, sex, limbă sau religie".
Carta Naţiunilor Unite a fost semnată la San Francisco la 26 iunie 1945, la încheierea Conferinţei Naţiunilor Unite, şi a intrat în vigoare la 24 octombrie 1945. Amendamentele la art. 23, 27 si 61 ale Cartei au fost adoptate de Adunarea Generală la 17 decembrie 1963 şi au intrat în vigoare la 31 august 1965. Un alt amendament la art. 61 a fost adoptat de Adunarea Generală la 20 decembrie 1971 şi a intrat în vigoare la 24 septembrie 1973.
Amendamentul la art. 109 adoptat de Adunarea Generală la 20 decembrie 1965, a intrat în vigoare la 12 iunie 1968. Amendamentul la art. 23 sporeşte de la unsprezece la cincisprezece numărul membrilor Consiliului de Securitate. Amendamentul la art. 27 dispune că hotărârile Consiliului de Securitate în probleme de procedură să fie luate cu votul afirmativ a nouă membri (anterior şapte), iar hotărârile sale asupra oricăror alte chestiuni să fie luate cu votul afirmativ a nouă membri (anterior şapte), cuprinzând şi voturile concordante ale celor cinci membri permanenţi ai Consiliului. Amendamentul la art. 61, care a intrat în vigoare la 31 august 1965, sporeşte de la optsprezece la douăzeci şi şapte numărul membrilor Consiliului Economic şi Social. Următorul amendament la acest articol, care a intrat în vigoare la 24 septembrie 1973, sporeşte de la douăzeci şi şapte la cincizeci şi patru numărul membrilor Consiliului. Amendamentul la art. 109, care priveşte parag. 1 al articolului, prevede ca o conferinţă generală a Membrilor Naţiunilor Unite având drept scop revizuirea Cartei va putea fi reunită la locul şi data care vor fi fixate prin votul a două treimi din membrii Adunării Generale şi prin votul oricăror nouă (anterior şapte) membri ai Consiliului de Securitate. Parag. 3 al art. 109, potrivit căruia Adunarea Generală trebuia, la cea de a zecea sesiune ordinară, să

dezvoltarea dreptului internaţional al drepturilor omului, astfel încât este firesc ca debutul analizei să fie marcat de Declaraţia Universală a Drepturilor Omului[6], adoptată prin rezoluție a Adunării Generale la 10 decembrie 1948. Cu toate că inițial natura acesteia a fost de *soft law*, în prezent, datorită impactului avut asupra evoluției domeniului drepturilor fundamentale atât la nivel internațional, cât și național, Declarația universală a depășit această sferă, fiind considerată ca parte a *hard law*, pe cale cutumiară[7].

Libertatea de exprimare este consacrată în cuprinsul articolului 19, în următoarea formulare:

„*Orice om are dreptul la libertatea opiniilor şi exprimării; acest drept include libertatea de a avea opinii fără imixtiune din afară, precum şi libertatea de a căuta, de a primi şi de a răspândi informaţii şi idei prin orice mijloace şi independent de frontierele de stat*".

O formulare mai detaliată este cuprinsă în articolul 19 al Pactului internaţional cu privire la drepturile civile și politice[8]:

„*1. Nimeni nu trebuie să aibă de suferit din cauza opiniilor sale.*

2. Orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare; acest drept cuprinde libertatea de a căuta, de a primi şi de a răspândi informaţii şi idei de orice fel, indiferent de frontiere, sub formă orală, scrisă, tipărită ori artistică sau prin orice alt mijloc, la alegerea sa.

3. Exercitarea libertăţilor prevăzute la parag. 2 al prezentului articol comportă obligaţii şi răspunderi speciale. În consecinţă, ea poate fi supusă anumitor limitări care trebuie însă stabilite în mod expres prin lege şi care sunt necesare: a) respectării drepturilor sau reputaţiei altora; b) apărării securităţii naţionale, ordinii publice, sănătăţii sau moralităţi publice".

În ceea ce priveşte structura articolului 19 din Pact, conform *Comentariului nr. 10 asupra libertăţi de exprimare: art. 1 9*[9], realizat de către Comitetul ONU pentru Drepturile Omului, alin. (1) din art. 19 stabilește protecția dreptului de a avea opinii fără ingerințe din partea statului, ceea ce trebuie interpretat în sensul

examineze chestiunea convocării unei conferințe de revizuire a Cartei, a fost păstrat în forma sa originară, deși menționează un vot al oricăror șapte membri ai Consiliului de Securitate, întrucât Adunarea Generală şi Consiliul de Securitate au dat urmare dispoziției acestui paragraf la cea de a zecea sesiune ordinară a Adunării Generale, în 1955.

6 *Universal Declaration on Human Rights,* December 1948, G. A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810.

7 C. Moldovan, *Drept internaţional public. Instituţii şi principii fundamentale,* ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2019, pp. 84-85.

8 International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. G.A. Res. 2200A (XXI), December 1966, 21 U.N.GAOR Supp. (No. 16), U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, intrat în vigoare la 23 martie 1976

9 *Comentariul general nr. 10 asupra libertăţii de exprimare: art. (19) – General Comment No. 10: freedom of expression (Art. 19*), adoptat la 29 iunie 1983. Textul este disponibil la adresa: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/2bb2f14bf558182ac12563ed0 048df17?Opendocument

inadmisibilităţii vreunei excepţii sau restricţii; alin. (2) al art. 19 din Pact se referă la componentele libertăţii de exprimare: libertatea de a răspândi informaţii şi idei, libertatea de a căuta sau de a primi informații fără considerente de frontiere și indiferent de modalitatea în care sunt transmise și trebuie interpretat în sensul că nu prevede măsuri prin care să se efectueze un control asupra mijloacelor media; al treilea alineat se referă la posibilitatea restricţionării libertăţii de exprimare, însă aceasta este permisă doar cu respectarea unor condiţii restrictive, şi anume: să fie prevăzute de lege, să fie urmărit un scop legitim și să fie justificate ca necesare pentru ca statul să ajungă la realizarea acelor scopuri.

Domeniul de aplicare al libertăţii de exprimare în cele două texte este similar, însă dispoziţiile articolului 19 din Declaraţia Universală nu stabilesc posibilitatea de a restricţiona exercitarea acesteia, cum este cazul paragrafelor 2 şi 3 din articolul cu acelaşi număr al Pactului internaţional cu privire la drepturile civile și politice. Exprimarea nu este absolută sau nelimitată, deși în aparenţă aceasta ar putea fi concluzia, raportat la conţinutul articolului 19 al Declaraţiei, deoarece acestea sunt coroborate cu articolul 29 care cuprinde clauza generală de limitare (drepturile garantate în cuprinsul său pot face obiectul unor restricţii, pentru asigurarea recunoaşterii şi respectării drepturilor şi libertăţilor altor persoane sau pentru protejarea ordinii publice) şi articolul 7 care prevede că faptul că fiecare persoană beneficiază de protecţie împotriva instigării la discriminare.

Clauzei de limitare prevăzută de articolul 19 parag. 3 din Pact se alătură și articolul 20 alin. (2), care prevede că susţinerea urii naţionale, rasiale sau religioase ce reprezintă instigare la discriminare, ostilitate sau violenţă va fi interzisă prin lege. În consecinţă, cele peste 170 de state părţi ale Pactului[10] au obligaţia de a incrimina în legislaţia lor internă astfel de comportamente. Cu privire la enumerarea categoriilor protejate de articolul 20 alin. (2) din Pact, se remarcă faptul că sunt avute în vedere doar trei categorii de grupuri – naţionale, rasiale şi religioase, fără a exista menţiuni cu privire la alte grupuri de indivizi, cum sunt cele cu anumite orientări sexuale. Explicaţia pentru această situaţie este una destul de simplă: formularea este caracteristică documentelor internaţionale şi obiectivelor urmărite după anul 1945, motiv pentru care s-a propus considerarea criteriilor menţionate ca fiind ilustrative, iar nu limitative sau exhaustive.

Deşi nu îşi găseşte o prevedere expresă în cadrul Pactului, una dintre disputele majore de la data adoptării acestuia a avut ca obiect dacă să fie interzisă doar instigarea la violenţă împotriva minorităţilor rasiale, naţionale sau religioase sau şi instigarea la ură, formă a limbajului abuziv ce va fi reglementată ulterior.

2.2. Comitetul ONU pentru Drepturile Omului (*Human Rights Committee*)

Consecinţă a evoluţiei tehnicii şi mijloacelor de comunicare, Comentariul nr. 10 a fost înlocuit în 2011 cu *Comentariul general nr. 34 la art. 19 din Pactul*

[10] Conform informaţiilor disponibile la adresa: https://indicators.ohchr.org/

internaţional cu privire la drepturile civile şi politice[11], în care Comitetul pentru Drepturile Omului a atras în mod deosebit atenția statelor părți asupra evoluției tehnologiilor informației și comunicațiilor, cum sunt internetul și sistemele electronice mobile de diseminare a informațiilor, care au modificat comunicarea din întreaga lume şi au creat o rețea globală a schimbului de idei și opinii ce nu se bazează pe intermediarii tradiționali ai mass-media.

În schimb, Comitetul pentru Drepturile Omului prevede că statele ar trebui să ia toate măsurile pentru a proteja independența acestor noi mijloace și a asigura accesul indivizilor la acestea, ceea ce reprezintă o abordare nouă din partea unor instituții internaționale, urmare a conștientizării influenței internetului în foarte multe aspecte ale interacțiunii umane și a modalităților de încheiere a raporturilor juridice din anumite domenii, inclusiv în ceea ce privește exercitarea libertății de exprimare, informare și de opinie. Prin urmare, în domeniul de aplicare a art. 19 din Pactul internațional este inclusă nu doar libertatea de exprimare, ci și mijloacele tehnice prin care aceasta este exercitată, ceea ce subliniază legătura foarte strânsă dintre internet și exprimare şi astfel determină un nivel de protecție sporită exprimării pe internet, față de protejarea doar a libertății de exprimare. [12]

Interpretarea dispozițiilor articolului 20 din Pact a fost realizată de Comitetul ONU pentru Drepturile Omului, prin *Comentariul general nr. 11 cu privire la interzicerea propagandei pentru război sau care instigă la ură națională, rasială sau religioasă*[13], care la punctul 2 prevede în mod clar că interdicțiile reglementate de dispozițiile art. 20 din Pact sunt în deplină concordanță cu garantarea libertății de exprimare. Comentariul furnizează o viziune extensivă asupra categoriilor de acte ce constituie propagandă. Alineatul (1) al articolului 20 se referă la toate formele de propagandă ce amenință sau care au ca rezultat un act de agresiune, încălcând dispozițiile Cartei ONU referitoare la interzicerea folosirii forței. Sfera interdicției din alin. (2) al art. 20 însumează toate formele de susținere a urii rasiale, naționale sau etnice care constituie instigare la discriminare, ostilitate ori violență. În același timp se fac precizări și cu privire la actele excluse din sfera art. 20 din Pact: militarea pentru dreptul suveran al statelor la legitimă apărare, exercitarea dreptului la autodeterminare. Spre deosebire de Comentariul general

---

[11] Human Rights Committee, *General comment No. 34. Article 19: Freedoms of opinion and expression* (CCPR/C/GC/34), 102nd session, Geneva, 11-29 iulie 2011. Textul este disponibil la adresa: http://www2.ohchr.

[12] M. Land, *Toward an International Law of the Internet*, în Harvard International Law Journal, vol. 54, nr. 2/2013, p. 394

[13] Human Rights Committee, *General Comment No. 11: Prohibition of propaganda for war and inciting national, racial or religious hatrr*ed (Art. 20), adoptat la 29 iulie 1983. Text disponibil la adresa: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/60dcfa23f32d3feac12563ed00491355?Opendocument; M.G. Schmidt, R.L. Vojtovic, *Holocaust Denial and Freedom of Expression*, în The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretative Approach, Th.S. Orlin, A. Rosas, M. Scheinin (ed.), Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Turku/Åbo, 2000, p. 153

nr. 10, Comentariul general nr. 11 prevede pentru state obligaţia reglementării normative a actelor de propagandă şi stabilirea de sancţiuni în cazul încălcării lor.

În ceea ce priveşte implicaţiile prevederilor Pactului faţă de România, trebuie precizat că este parte a Pactului încă din 1974[14], astfel că îi revine obligaţia de a pune în aplicare dispoziţiile sale, astfel cum reiese în mod clar şi din dispoziţiile articolului 2 al Pactului[15], corelat cu regulile generale de aplicare a tratatelor internaţionale şi cu dispoziţiile constituţionale în această privinţă, în mod deosebit avem în vedere prevederile articolelor 11 şi 20 din Constituţia României.

În cadrul Organizaţiei Naţiunilor Unite nu a fost instituit un organism jurisdicţional cu atribuţii în privinţa punerii în aplicare a garanţiilor Pactului internaţional cu privire la drepturile civile şi politice. Curtea Internaţională de Justiţie, deşi se poate pronunţa asupra oricăror probleme de drept internaţional, nu are în competenţa soluţionarea de cereri provenind de la particulari, fiind o jurisdicţie deschisă doar statelor[16].

---

[14] Statul român a ratificat Pactul prin Decretul nr. 212 din 31 octombrie 1974 pentru ratificarea Pactului internaţional cu privire la drepturile economice, sociale si culturale si Pactului internaţional cu privire la drepturile civile si politice (B. Of. nr. 146 din 20 noiembrie 1974).

[15] Articolul 2 din Pact prevede:
„1. Statele părţi la prezentul Pact se angajează să respecte şi să garanteze tuturor indivizilor care se găsesc pe teritoriul lor şi ţin de competenţa lor drepturile recunoscute în prezentul Pact, fără nici o deosebire, în special de rasă, culoare, sex, limbă, religie, opinie politică sau orice altă opinie, origine naţională sau socială, avere, naştere sau întemeiată pe orice altă împrejurare.
2. Statele părţi la prezentul Pact se angajează ca potrivit cu procedura lor constituţională şi cu dispoziţiile prezentului Pact să acţioneze spre a da posibilitatea adoptării unor măsuri legislative sau a altora, apte pentru traducerea în viaţă a drepturilor recunoscute în prezentul Pact care nu ar fi încă în vigoare.
3. Statele părţi la prezentul Pact se angajează:
a) să garanteze că orice persoană ale cărei drepturi sau libertăţi recunoscute în prezentul Pact au fost violate va dispune de o cale de recurs efectivă, chiar atunci când încălcarea a fost comisă de persoane acţionând în exerciţiul funcţiilor lor oficiale;
b) să garanteze că autoritatea competentă, judiciară, administrativă ori legislativă sau orice altă autoritate competentă potrivit legislaţiei statului, va hotărî asupra drepturilor persoanei care foloseşte calea de recurs, şi să dezvolte posibilităţile de recurs jurisdicţional;
c) să garanteze că autorităţile competente vor da urmare oricărui recurs care a fost recunoscut ca justificat”.

[16] Articolul 34 parag. 1 din Statutul Curţii Internaţionale de Justiţie prevede: „Numai statele pot fi părţi în cauzele supuse Curţii.” Aceste dispoziţii caracterizează competenţa contencioasă a Curţii Internaţionale de Justiţie. În plus, instanţa are stabilită şi o competenţă consultativă, care presupune emiterea de avize consultative asupra oricăror chestiuni juridice, la solicitarea Adunării Generale a ONU, a Consiliului de Securitate al ONU ori a unei instituţii autorizate în acest sens de către Adunarea generală (cu respectarea dispoziţiilor art. 65 din Statutul Curţii Internaţionale de Justiţie şi al dispoziţiilor art. 96 din Carta Naţiunilor Unite).

Analiza aspectelor pe care le implică articolului 19 din Pact revine Comitetului pentru Drepturile Omului (*Human Rights Committee),* care funcționează pe baza sesizărilor individuale și rapoartelor statelor. Comitetul pentru Drepturile Omului este un organism format din experți independenți care monitorizează punerea în aplicare a Pactului internațional cu privire la drepturile omului de către statele părți. Statele părți au obligația de a depune rapoarte periodice Comitetului cu privire la implementarea drepturilor, de regulă o dată la patru ani, iar Comitetul, după examinarea rapoartelor, formulează recomandări sub forma unor concluzii[17].

Comitetul pentru Drepturile Omului a subliniat legătura strânsă între libertatea de exprimare și dreptul de întrunire pașnică stabilit în articolul 21 din Pact[18], chiar dacă manifestațiile au loc în lipsa unor autorizații prealabile[19], încălcarea articolului 19 prin refuzul de acordare de licențe radio[20]. Comitetul pentru Drepturile Persoanelor cu Dizabilități s-a pronunțat cu privire la măsuri pe care statul trebuie să le ia pentru exercitarea acestui drept de către persoane cu dizabilități de auz în exercitarea unei îndatoriri cum este cea de jurat[21].

Referiri la protejarea libertății de exprimare conține și *Convenția pentru eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială* din 1965[22], care conține mai

[17] https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1en.pdf.

[18] Human Rights Committee, Communication No. 2016/2010, Views adopted by the Committee at its 115th session (19 October-6 November 2015), Leonid Sudalenko/Belarus; Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2158/2012, Andrei Sviridov/Kazakhstan, 13 July 2017.

[19] Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, Concerning communication No. 2092/2011, Sergei Androsenko/Belarus; Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2158/2012, Andrei Sviridov/Kazakhstan, 13 July 2017.

[20] Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, Concerning communication No. 2205/2012, Yashar Agazade and Rasul Jafarov/Azerbaijan.

[21] Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, Concerning communication No. 11/2013, 25 May 2016, Gemma Beasley/Australia

[22] Adoptată şi deschisă spre semnare de Adunarea generală a Națiunilor Unite prin Rezoluția nr. 2106 (XX) din 21 decembrie 1965. Intrată în vigoare la 4 ianuarie 1969, conform dispozițiilor art. 19. România a aderat la Convenție la 14 iulie 1970 prin Decretul nr. 345 (B. Of. nr. 92 din 28 iulie 1970). Prin Legea nr. 144/1998 (M. Of. nr. 261 din 13 iulie 1998), România şi-a retras rezerva formulată la art. 22.

multe dispoziţii relevante, mai ales pentru fundamentarea interzicerii discursului urii (*hate speech*) în articolul 5[23], articolul 4[24].

3. Repere ale protecţiei libertăţii de exprimare pe continentul european

În Europa, libertatea de exprimare reprezintă un element esenţial al societăţii democratice, atât în cadrul Consiliului Europei, cât şi al Uniunii Europene, iar jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului a trasat adevărate linii directoare referitoare la principiile generale și la condițiile de limitare admisibile.

Actul juridic cel mai relevant și care a generat o jurisprudență bogată este Convenția europeană a drepturilor omului[25] care garantează libertatea de exprimare în articolul 10, ce prezintă structura clasică: primul paragraf enunță principiul[26] și stabilește domeniul de aplicare, iar cel de-al doilea cuprinde clauza de limitare[27].

În cazurile concrete pe care le-a analizat Curtea Europeană a Drepturilor Omului, a fost stabilit fără echivoc rolul deosebit de important al libertății de exprimare pentru societatea democratică, protejarea dreptului la opinie și de primi și răspândi informații, a realizat o operațiune de echilibrare între libertatea de

---

23 „În conformitate cu obligaţiile fundamentale enunţate în art. 2 al prezentei Convenţii, statele părţi se angajează să interzică şi să elimine discriminarea rasială sub toate formele și să garanteze dreptul fiecăruia la egalitate în faţa legii fără deosebire de rasă, culoare, origine naţională sau etnică, în folosinţa drepturilor următoare: (...) d) alte drepturi civile, în special: (...) viii) dreptul la libertate de opinie și de exprimare".

24 Conform dispoziţiilor articolului 4 din Convenţie, statelor le revine obligaţia „de a incrimina răspândirea de idei bazate pe superioritatea rasială sau ură, instigarea la discriminare rasială, precum și toate actele de violenţă sau instigare la astfel de acte împotriva oricărei rase sau grup de persoane de altă culoare sau origine etnică".

25 *Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale* (cunoscută sub denumirea Convenţia europeană a drepturilor omului) a fost adoptată în cadrul Consiliului Europei, la Roma, la 4 noiembrie 1950, şi a intrat în vigoare la 3 septembrie 1953. România a ratificat Convenţia la 20 iunie 1994 prin Legea nr. 30/1994 publicată în Monitorul Oficial nr. 135 din 31 mai 1994.

26 Articolul 10 parag. 1 prevede: „1. Orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare. Acest drept cuprinde libertatea de opinie și libertatea de a primi sau de a comunica informaţii ori idei fără amestecul autorităţilor publice și fără a ţine seama de frontiere. Prezentul articol nu împiedică statele să supună societăţile de radiodifuziune, de cinematografie sau de televiziune unui regim de autorizare".

27 Articolul 10 parag. 2 prevede: „2. Exercitarea acestor libertăţi ce comportă îndatoriri şi responsabilităţi poate fi supusă unor formalităţi, condiţii, restrângeri sau sancţiuni prevăzute de lege care, într-o societate democratică, constituie măsuri necesare pentru securitatea naţională, integritatea teritorială sau siguranţa publică, apărarea ordinii şi prevenirea infracţiunilor, protecţia sănătăţii, a moralei, a reputaţiei sau a drepturilor altora, pentru a împiedica divulgarea informaţiilor confidenţiale sau pentru a garanta autoritatea și imparţialitatea puterii judecătorești".

exprimare și alte drepturi cu care aceasta poate intra în conflict – drepturi sau interese generale, pe de o parte și drepturi sau interese individuale, pe de altă parte. În cadrul primei categorii pot fi incluse necesitatea protejării ordinii publice, prevenirea săvârșirii de infracțiuni, asigurarea imparțialității puterii judecătorești. În cadrul celei de a doua categorii sunt incluse protecția vieții private, a dreptului la propria imagine, prezumția de nevinovăție.

O caracterizare generală succintă a mecanismului european de protecție nu poate fi făcută fără a preciza rolul deosebit pe care instanța europeană îl recunoaște libertății de exprimare ca fiind „piatra de temelie" a societății democratice, garanțiile instituite în cuprinsul articolului 10 din Convenție au ca obiectiv protejarea „discursurilor valoroase", ce au o contribuție semnificativă pentru dezbaterea publică; relevante în analizarea aplicabilității articolului 10 din Convenție și a respectării garanțiilor acestuia sunt elemente precum emitentul discursului, persoana implicată; prevalența libertății presei în special în legătură cu expunerea unor subiecte de interes public sau care privesc dezbaterea acestora în cadrul societății, găsirea unui just echilibru între exercitarea libertății de exprimare inclusiv sub forma presei tipărite cât și a celei online cu interese concurente legitime ale particularilor (dreptul la reputație, dreptul la un proces echitabil și prezumția de nevinovăție, dreptul la viață privată, dreptul la propria imagine), tendința jurisprudenței Curții este de a considera incompatibile cu garanțiile Convenției europene, hotărârile pronunțate de instanțele interne prin care sunt aplicate sancțiuni penale sau civile în cuantumuri foarte ridicate, presei[28].

Deși domeniul de protecție al libertății de exprimare este unul foarte extins, cuprinzând orice formă de manifestare a acestei libertăți, inclusiv comunicarea prin intermediul internetului, libertatea artistică[29] și libertatea comercială[30], precum și dreptul de a emite afirmații care șochează sau ofensează[31], articolul 10 al Convenției nu probează dreptul de a insulta sau calomnia și nici discursurile rasiste sau xenofobe, ce pot fi incluse în noțiunea *hate speech*[32].Sunt de asemenea excluse discursurile ce presupun negarea Holocaustului sau revizionismul, deoarece exprimă o reacție virulentă față fapte și evenimente istorice foarte bine stabilite[33].

Standardele stabilite prin Convenția europeană și jurisprudența Curții de la Strasbourg constituie repere pentru cadrul de protecție din Uniunea Europeană. Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene garantează în mod expres libertatea de exprimare și informare în articolul 11[34], într-o formulare mai sintetică

---

28 CEDO, *Morar c. României*, Hotărârea din 7 iulie 2015.

29 CEDO, Hotărârea din 24 mai 1988, în cauza *Müller c. Elveției.*

30 CEDO, Hotărârea din 20 noiembrie 1989, *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann c. Germaniei*, § 26

31 CEDO, *Handyside c. Regatului Unit*, Hotărârea din 7 decembrie 1976, § 49.

32 C. Moldovan, *Considerații în legătură cu reglementarea internațională a „discursului urii" ca limită a libertății de exprimare*, în Dreptul nr. 1/2015, pp. 197-213.

33 CEDO, decizia de inadmisibilitate din 24 iunie 2003, în cauza Garaudy c. Franței

34 Articolul 11. Libertatea de exprimare și de informare prevede:

decât cea a articolului 10, însă caracterul de referinţă al interpretării date în cadrul mecanismului Consiliului Europei este prevăzut în mod expres în însăşi conţinutul Cartei, care îl stabileşte expres în dispoziţiile articolului 52 alineatul (3)[35] şi este confirmat de jurisprudenţa Curţii de la Luxembourg.

Totodată, libertatea de exprimare reprezintă unul dintre elementele centrale pentru statele candidate la Uniunea Europeană, conform dispoziţiilor articolului 49 din Tratatul privind Uniunea Europeană[36].

La nivelul Organizaţiei pentru Cooperare şi Securitate în Europa (OSCE)[37] există o preocupare intensă cu privire la asigurarea protecţiei efective a libertăţii de exprimare, în mod special a presei, jurnaliştilor şi siguranţei acestora, mai ales în cazul în care transmit din zone de conflict.

La nivelul Organizaţiei a fost instituit, în anul 1997 Reprezentantul pentru libertatea presei (OSCE *Representative on Freedom of the Media)*[38], cu sediul la Viena, care are printre atribuţii monitorizarea protecţiei presei şi formularea de recomandări privind măsuri concrete ce pot fi adoptate la nivelul statelor pentru asigurarea efectivă a libertăţii presei, precum: dezincriminarea insultei şi calomniei, observarea evoluţiilor mass-media ca parte a unei funcţii de avertizare timpurie şi sprijinirea statelor participante la respectarea angajamentelor lor faţă de libertatea de exprimare şi de libertatea presei.

Printre preocupările acestui organism se numără dezincriminarea insultei şi a calomniei în cazul jurnaliştilor, siguranţa jurnaliştilor, libertatea presei şi a

„(1) Orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare. Acest drept presupune libertatea de opinie şi libertatea de a primi sau de a comunica informaţii sau idei fără ingerinţă din partea autorităţilor publice şi fără a se lua în considerare frontierele.
(2) Libertatea mijloacelor media şi pluralismul lor sunt respectate”.

35 Articolul 52 alin. (3) din Cartă: „în măsura în care prezenta Cartă conține drepturi ce au corespondent drepturi din Convenția europeană pentru protejarea drepturilor și libertăților fundamentale, sensul şi domeniul lor de aplicare sunt cele conferite de Convenție. Această prevedere nu împiedică dreptul Uniunii să acorde o protecție mai extinsă”

36 Articolul 49 (ex-art. 49 TUE) prevede:
„Orice stat european care respectă valorile prevăzute la art. 2 şi care se angajează să le promoveze poate solicita să devină membru al Uniunii.
Parlamentul European şi parlamentele naționale sunt informate cu privire la această cerere. Statul solicitant adresează cererea sa Consiliului, care se pronunță în unanimitate după consultarea Comisiei şi după aprobarea Parlamentului European, care se pronunță cu majoritatea membrilor din care este constituit. Criteriile de eligibilitate aprobate de Consiliul European se iau în considerare.
Condițiile admiterii şi adaptările impuse de aceasta tratatelor pe care se întemeiază Uniunea fac obiectul unui acord între statele membre şi statul solicitant. Acest acord se supune ratificării de către toate statele contractante, în conformitate cu normele lor constituționale”.

37 https://www.osce.org/

38 https://www.osce.org/representative-on-freedom-of-media/471903

mijloacelor media în general, protejarea libertății de exprimare pe internet, combaterea discursurilor rasiste și a hate speech

4. Alte reglementări regionale

4.1. Convenția americană a drepturilor omului

Pe continentul american, principalul instrument juridic de protecție este reprezentat de Convenția americană a drepturilor omului, adoptată în cadrul Organizației Statelor Americane, la San Jose, în anul 1969, care garantează libertatea de gândire și de exprimare în cuprinsul articolului 13[39]. Arhitectura acestei dispoziții este asemănătoare cu domeniul și coordonatele de protecție de la nivel european, însă se remarcă și o serie de distincții: dimensiunea colectivă.

Mecanismul inter-american de protecție se bazează pe două instituții: Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului și Comisia Inter-Americană a Drepturilor Omului. Existența a două organisme cu atribuții jurisdicționale prezintă dezavantajul posibilității formulării unor interpretări diferite.

Pe lângă elementele comune pe care le are cu reglementarea europeană, pot fi identificare o serie de diferențe generate de tradiția constituțională a statelor americane și de climatul specific. În viziunea inter-americană de protecție a libertății de exprimare, aplicarea unei restricții ilegale afectează nu doar dreptul persoanei direct implicate, ci afectează în același timp și dreptul tuturor celorlalți indivizi de a primi informații și idei, fiind astfel nu doar un drept individual, ce

[39] Articolul 13 din Convenția americană, cu denumirea Libertatea de gândire şi de exprimare prevede:
„1. Orice persoană are dreptul la libertatea de gândire şi de exprimare. Acest drept include libertatea de a căuta, primi şi transmite informaţii şi idei de orice natură, indiferent de frontiere, fie oral, scris, în formă tipărită, sub formă de artă sau prin orice alt mijloc, la alegere.
2. Exercitarea dreptului prevăzut la paragraful precedent nu va fi supusă unei cenzuri prealabile, dar va fi supusă impunerii unei răspunderi ulterioare, care este prevăzută în mod expres de lege în măsura în care este necesar pentru a se asigura: a. respectarea drepturilor sau a reputaţiei altora; sau b. protecția securității naționale, a ordinii publice, a sănătăţii publice sau a moralei.
3. Dreptul la exprimare nu poate fi restricționat prin metode sau mijloace indirecte, cum ar fi abuzul de control guvernamental sau privat asupra ziarelor, frecvențelor de difuzare radio sau a echipamentelor folosite în diseminarea informaţiilor sau prin orice alt mijloc care împiedică comunicarea şi circulaţia ideilor şi a opiniilor.
4. Fără a aduce atingere prevederilor parag. 2 de mai sus, spectacolele publice pot fi supuse prin lege unei cenzuri prealabile, cu unicul scop de a reglementa accesul la acestea pentru protecția morală a copiilor şi a adolescenților.
5. Orice propagandă de război şi orice susţinere a urii naţionale, rasiale sau religioase care constituie incitare la violenţă fără drept sau la orice altă acţiune similară împotriva oricărei persoane sau grup de persoane pe orice motiv, inclusiv rasă, culoare, religie, limbă sau origine naţională vor fi considerate infracţiuni pedepsite prin lege”.

permite fiecărei persoane să se exprime în mod liber, ci şi un drept colectiv de a primi informații și idei [40].

Dintre cererile soluționate la nivelul Comisiei sau al Curții în sensul încălcării articolului 13 din Convenție, putem identifica aspecte precum[41] amenințări cu represalii a unui militar retras din armata peruviană ca urmare a publicării unei scrisori deschise ce făcea publică existența unui *Escadron de la muerte* organizat de serviciile secrete peruviene[42], dispariția unui jurnalist în timp ce realiza un reportaj despre gherila guatemaleză[43], obligarea jurnaliștilor de a se afilia la o companie profesională pentru exercitarea profesiei[44], critici adresate unui contracandidat în cadrul campaniei pentru alegeri prezidențiale[45], interdicția de publicare a unei cărți despre serviciile secrete[46].

4.2 Continentul african

În Africa, instrumentul juridic aplicabil este Carta drepturilor omului și popoarelor (cunoscută și sub numele Carta de la Banjul), adoptată în cadrul Organizației Unității Africane, în anul 1981[47] (în prezent Uniunea Africană) care garantează libertatea de exprimare în formularea sintetică a articolului 9[48].

Mecanismul african de protecție a libertății de exprimare este cel mai tânăr și este compus din Comisia Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor[49] și Curtea Africană [50], iar jurisprudența în materie prezintă aspecte particulare. Prima hotărâre a Curții Africane a fost pronunțată în anul 2014, în cauza *Lohé Issa Konaté*

---

40 Cour IADH, Ricardo Canese c. Paraguay, 31 august 2004, Série C no. 111, § 77; Cour IADH, Caso Herrera Ulloa (La Nación) c. Costa Rica, 2 iulie 2004, Série C no. 107, § 108; Cour IADH, Ivcher Bronstein c. Pérou, 6 februarie 2001, Arrêt sur le fond, Série C no. 74, § 146; Cour IADH, Avis consultatif, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, 13 noiembrie 1985, OC-5/85, Série A no. 5, § 30.

41 C. Moldovan, *Libertatea de exprimare, op. cit.*, 2018, pp. 198-201.

42 Commission IADH, Rodolfo Robles Espinoza e Hijos c. Pérou, 23 februarie 1999, Rapport no. 20/99, Rapport annuel 1999.

43 Cour IADH, Blake c. Guatemala, 24 ianuarie 1998, Arrêt sur le fond, Série C no. 36, § 105.

44 Cour IADH, Avis consultatif, La Colegación Obligatoria de Periodistas, 13 November 1985, OC-5/85, Série A no. 5, § 71

45 Cour IADH, Ricardo Canese c. Paraguay, 31 August 2004, Série C no. 111, § 103.

46 Cour IADH, Caso Palamara Iribarne c. Chili, 22 November 2005, Série C no. 135, § 78.

47 *Carta africană a drepturilor omului şi popoarelor* a fost adoptată de Adunarea Şefilor de Stat şi Guverne ai Organizaţiei Uniunii Africane (în prezent Uniunea Africană) la întâlnirea din Nairobi, Kenya, la 26 iunie 1981. A intrat în vigoare la 21 octombrie 1986, iar primul membru al Comisiei Africane a fost ales în iulie 1987, https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49#:~:text=The%20African%20Charter%20on%20Human,freedoms%20in%20the%20African%20continent.

48 Articolul 9 prevede: „1. Orice individ are dreptul de a primi informaţii. 2. Orice individ are dreptul de a exprima şi răspândi opinii în condiţiile legii”.

49 African Commission on Human and People`s Rights, https://www.achpr.org/

50 African Court on Human and Peoples' Rights, https://www.achpr.org/afchpr/

c. Burkina Faso[51], în care instanța a invalidat condamnarea unui jurnalist pentru calomnie urmare a publicării mai multor articole de ziar care conțineau acuzații de corupție față de un procuror. Instanța africană a apreciat că măsura condamnării a constituit o ingerință disproporționată în exercitarea libertății de exprimare a reclamantului.

La nivel sub-regional, pe continentul african, au fost elaborate și alte instrumente juridice speciale. În Cadrul Comunității Economice a Statelor Africii de Vest (Economic Community of West African States-ECOWAS) funcționează Curtea de Justiție care are jurisdicție asupra 15 state din această regiune, inclusiv în ceea ce privește încălcarea drepturilor omului. În privința libertății de exprimare, această instanță a pronunțat în 2018 hotărârea în cauza *Federation of African Journalists (FAJ) v. The Gambia,* în care a constatat că infracțiunile de instigare la răzvrătire, știri false și defăimare din Codul penal gambian au încălcat dreptul la libertatea de exprimare garantat de dreptul internațional. Instanța a solicitat și abrogarea sau modificarea legilor din Gambia cu privire la calomnie, instigare la răzvrătire și știri false adoptate de Gambia să fie abrogate și modificate pentru a fi pe viitor în conformitate cu aceste standarde.

Curtea de Justiție din Africa de Est (EACJ) are jurisdicție în principal asupra a șase state din Africa de Est care sunt părți la Tratatul Comunității din Africa de Est. În iunie 2018, această instanță a pronunțat hotărârea în cauza *Mseto c. Procurorului general*[52] și a apreciat că un ordin ministerial care interzicea publicarea unui ziar din Tanzania pentru o perioadă de trei ani a încălcat statul de drept și dreptul la libertatea de exprimare.

Cadrul de protecție este completat de principiile și regulile adoptate de Comisia Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor în *Declarația privind principiile libertății de exprimare în Africa*[53] și de Declarația privind promovarea unei prese africane independente și pluraliste adoptate în urma unui seminar organizat de UNESCO în anul 1991.

La nivelul Ligii arabe, a fost adoptată în anul 2004 *Carta arabă a drepturilor omului*[54], de Consiliul Ligii Statelor arabe. În prezent, nu prevede și mecanisme de punere în aplicare și este în primul rând standardul pentru rapoartele periodice care verifică performanțele statelor membre în domeniul drepturilor omului. Articolul 32 din Carta arabă a drepturilor omului garantează libertatea de

---

51 African Court on Human and Peoples' Rights, *Lohé Issa Konaté v. The Republic of Burkina Faso*, App. No. 004/2013, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/lohe-issa-konate-v-the-republic-of-burkina-faso/

52 East African Court of Justice, *Mseto v. Attorney General*, Case Number 7 of 2016, June 21 2018, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/mseto-v-attorney-general/

53 African Commission on Human and Peoples' Rights, *Declaration of Principles on Freedom of Expression and Access to Information in Africa 2019*, https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=69

54 *Arab Charter on Human Rights*, Cairo, 15 September 1994, https://digitallibrary.un.org/record/551368?ln=en

exprimare și opinie, precum și dreptul de a căuta, primi și transmite informații și idei. Absența unor norme juridice regionale obligatorii este oarecum compensată prin declarații fără caracter obligatoriu. În 2016, peste 100 de reprezentanți ai sindicatelor jurnaliștilor, organizațiilor pentru drepturile omului și grupurilor media din toată lumea arabă au adoptat la Casablanca *Declarația privind libertatea mass-media în lumea arabă*[55], însă eficiența acestora este îndoielnică, uciderea jurnalistului Jamal Khashoggi în Consulatul Arabiei Saudite din Istanbul[56] fiind un argument puternic în această privință.

Un Statut adoptat de către statele membre în anul 2014 și deschis spre ratificare statelor, prevede stabilirea unei Curți Arabe a Drepturilor Omului[57], însă chiar dacă ar ajunge funcționeze, această instanță ar avea autoritate interpretativă obligatorie asupra Cartei doar în disputele și cererile interstatale și asupra celor formulate de organizațiile non-guvernamentale. Pentru intrarea în vigoare a Statutului sunt necesare șapte ratificări, iar în prezent doar Arabia Saudită l-a ratificat. Articolul 32 din Carta arabă a drepturilor omului garantează libertatea de exprimare și opinie, precum și dreptul de a căuta, primi și transmite informații și idei. Absența unor norme juridice regionale obligatorii este oarecum compensată prin declarații fără caracter obligatoriu. În 2016, peste 100 de reprezentanți ai sindicatelor jurnaliștilor, organizațiilor pentru drepturile omului și grupurilor media din toată lumea arabă au adoptat la Casablanca Declarația privind libertatea mass-media în lumea arabă.

4.3. Asia

În Asia protejarea libertății de exprimare și a drepturilor omului în general, este cel mai puțin dezvoltată, neexistând instrumente juridice speciale în această materie. Cu toate acestea, nu se poate afirma lipsa oricăror garanții și standarde, deoarece sunt aplicabile cele stabilite în cadrul Națiunilor Unite, în special, în primul rând prin Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, Pactul cu privire la drepturile economice, sociale și culturale și celelalte instrumente relevante.

Declarația privind drepturile omului[58] a fost adoptată de cele 10 state membre ale Asociației Națiunilor din Asia de Sud-Est (ASEAN) în 2012. Declarația nu este obligatorie din punct de vedere juridic, dar recunoaște în Principiul 23 dreptul la libera exprimare și dreptul de a primi și de a transmite informații. Cu toate acestea, UNESCO a raportat că regiunea a cunoscut o tendință de creștere a

---

55 *Declaration on Media Freedom in the Arab World*, Casablanca 3 May 2016, https://www.ifj.org/fileadmin/images/Middle_East___Arab_World/Declaration_on_media_freedom_in_the_Arab_World_EN.pdf

56 The New York Times, *Saudi Crown Prince Is Held Responsible for Khashoggi Killing in U.S. Report*, https://www.nytimes.com/2021/02/26/us/politics/jamal-khashoggi-killing-cia-report.html

57 *The Statute of the Arab Court of Human Rights*, 2014, https://acihl.org/texts.htm?article_id=44&lang=ar-SA

58 https://asean.org/asean-human-rights-declaration/.

cenzurii și măsuri stricte pentru controlul informațiilor[59]. În general, statutul libertății presei în regiune se deteriorează, în care jurnaliștii sunt de obicei supuși hărțuirii, agresiunii sau închisorii ori sunt deseori acuzați pentru defăimare sau calomnie.

Concluzii

Protecția libertății de exprimare nu este supusă principiului egalității, fiind realizată direct sau indirect o ierarhizare a tipurilor de discurs sau mesaje expuse public în care discursurile, mesajele, afirmațiile ce contribuie semnificativ pentru dezbaterea publică beneficiază de o protecție extinsă, în timp ce afirmațiile ce pot fi înscrise în categoria *hate speech* sunt considerate în afara domeniului de protecție. Sistemul de protecție adoptat la nivelul Națiunilor Unite este cel care a influențat apariția mecanismelor regionale de protecție, cele mai eficiente în asigurarea protecției efective fiind cele care au instituit mecanisme jurisdicționale al căror hotărâri sunt obligatorii.

La nivel internațional, are prevalență principiul protecției libertății de exprimare, în general cu aplicabilitate universală, însă între mecanismele regionale există diferențe atât cantitative cât și calitative în privința dintre cauzelor soluționate. Astfel, în sistemul inter-american și cel african sunt supuse examinării aspecte care pe continentul european constituie excepții sau nu sunt întâlnite (măsuri ce constituie cenzură prealabilă, interzisă în principiu în toate instrumentele juridice, dispariții ale jurnaliștilor), dar trebuie remarcat faptul că toate măsurile de protecție a libertății de exprimare au contribuit la statutul prezent al acesteia, de element esențial al societății democratice.

Referințe

African Commission on Human and Peoples' Rights, *Declaration of Principles on Freedom of Expression and Access to Information in Africa 2019*

African Court on Human and Peoples' Rights, *Lohé Issa Konaté v. The Republic of Burkina Faso*, App. No. 004/2013

Arab Charter on Human Rights, Cairo, 15 September 1994

Carta africană a drepturilor omului şi popoarelor, 26 iunie 1981

CEDO, *Morar c. României*, Hotărârea din 7 iulie 2015

CEDO, Hotărârea din 24 mai 1988, în cauza *Müller c. Elveției*

CEDO, Hotărârea din 20 noiembrie 1989, *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann c. Germaniei*

CEDO, *Handyside c. Regatului Unit*, Hotărârea din 7 decembrie 1976

CEDO, decizia de inadmisibilitate din 24 iunie 2003, în cauza Garaudy c. Franței

Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, Concerning communication No. 11/2013, 25 May 2016, *Gemma Beasley/Australia*

[59] UNESCO, *World trends in freedom of expression and media development: regional overview of Asia Pacific, 2017/2018*, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000266192.

Comentariul general nr. 10 asupra libertăţii de exprimare: art. (19) – General Comment No. 10: freedom of expression (Art. 19), adoptat la 29 iunie 1983

Commission IADH, *Rodolfo Robles Espinoza e Hijos c. Pérou*, 23 februarie 1999, Rapport no. 20/99, Rapport annuel 1999

Cour IADH, *Ricardo Canese c. Paraguay*, 31 august 2004, Série C no. 111

Cour IADH, *Caso Herrera Ulloa (La Nación) c. Costa Rica*, 2 iulie 2004, Série C no. 107

Cour IADH, *Ivcher Bronstein c. Pérou*, 6 februarie 2001, Arrêt sur le fond, Série C no. 74

Cour IADH, Avis consultatif, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, 13 noiembrie 1985, OC-5/85, Série A no. 5

Cour IADH, Blake c. Guatemala, 24 ianuarie 1998, Arrêt sur le fond, Série C no. 36

Cour IADH, Avis consultatif, La Colegación Obligatoria de Periodistas, 13 November 1985, OC-5/85, Série A no. 5

Cour IADH, Ricardo Canese c. Paraguay, 31 August 2004, Série C no. 111

Cour IADH, Caso Palamara Iribarne c. Chili, 22 November 2005, Série C no. 135

Declaration on Media Freedom in the Arab World, Casablanca 3 May 2016

East African Court of Justice, *Mseto v. Attorney General*, Case Number 7 of 2016, June 21 2018

ECHR, Lingens c. Austria, Application No. 9815/82, 8 July, 1986

Heyman, St.J., *Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression*, Boston University Law Review, vol. 78, 1998

Human Rights Committee, *General Comment No. 11: Prohibition of propaganda for war and inciting national, racial or religious hatrr*ed (Art. 20), adoptat la 29 iulie 1983

Human Rights Committee, *General comment No. 34. Article 19: Freedoms of opinion and expression* (CCPR/C/GC/34), 102nd session, Geneva, 11-29 iulie 2011

Human Rights Committee, Communication No. 2016/2010, Views adopted by the Committee at its 115th session (19 October-6 November 2015), *Leonid Sudalenko/Belarus*

Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2158/2012, Andrei *Sviridov/Kazakhstan,* 13 July 2017

Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, Concerning communication No. 2092/2011, *Sergei Androsenko/Belarus*

Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, Concerning communication No. 2205/2012, *Yashar Agazade and Rasul Jafarov/Azerbaijan*

International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. G.A. Res. 2200A (XXI), December 1966, 21 U.N.GAOR Supp. (No. 16), U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171

Land, M., *Toward an International Law of the Internet*, în Harvard International Law Journal, vol. 54, nr. 2/2013

Moldovan, C. *Drept internaţional public. Instituţii şi principii fundamentale,* ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2019

Moldovan, C., *Libertatea de exprimare. Garanţii şi responsabilităţi. Ghid de standarde internaţionale şi europene*, Editura Hamangiu, București, 2018.

Moldovan, C., *Libertatea de exprimare. Principii, Restricţii. Jurisprudenţă*, Editura CH Beck, București, 2012

Moldovan, C., *Consideraţii în legătură cu reglementarea internaţională a „discursului urii" ca limită a libertăţii de exprimare*, în Dreptul nr. 1/2015

Schauer, Fr., *Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture,* Comparative Constitutional Architecture,

Harvard University, John. F. Kennedy Shool of Government, Faculty Research Working Papers Series, February 2005

Schmidt, M.G.; Vojtovic, R.L.; *Holocaust Denial and Freedom of Expression*, în The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretative Approach, Th.S. Orlin, A. Rosas, M. Scheinin (ed.), Institute for Human Rights, Ăbo Akademi University, Turku/Ăbo, 2000

The Statute of the Arab Court of Human Rights, 2014

UNESCO, *World trends in freedom of expression and media development: regional overview of Asia Pacific, 2017/2018*

Universal Declaration on Human Rights, December 1948, G. A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINȚE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-13

Drepturile culturale *bona fide* ale migranților

Bona fide Migrants' Cultural Rights

Alina Mirabela Gentimir[1]

Rezumat: În contextual general al transformărilor sociale din cadrul comunității internaționale, fenomenul migrației reține atenția prin impactul deosebit pe care îl are asupra tuturor membrilor comunității, indiferent de naționalitatea celor care interacționează la nivel social. Premizele armoniei între membri unor comunități naționale diferite sunt reprezentate de drepturile culturale ce sunt exercitate constant de aceștia. Fie că se are în vedere dreptul la educație, fie că sunt vizate drepturi precum dreptul la participare la viața culturală, dreptul de a beneficia de avantajele progresului științific și aplicarea acestuia, dreptul de a beneficia de protecția intereselor morale și materiale rezultate din propria creație științifică, literară sau artistică, dreptul la respectarea libertății indispensabile a cercetarea științifică și creația artistică, dreptul la respectarea nivelului de trai adecvat, autoritățile statelor gazdă ale migranților trebuie să le asigure acestora condițiile optime de exercitare efectivă.

Cuvinte-cheie: drepturi culturale; drept la educație; migranți; Organizația Națiunilor Unite

Abstract: In the general context of social transformations within the international community, the phenomenon of migration holds attention through the special impact it has on all members of the community, regardless of the nationality of those who interact at the social level. The premises of harmony between members of different national communities are represented by the cultural rights that are constantly exercised by them. Whether the right to education is taken into account, whether rights such as the right to participate in cultural life, the right to benefit from the advantages of scientific progress and its application, the right to the protection of moral and material interests resulting from one's own scientific creation are concerned, literary or artistic, the right to respect for the indispensable freedom of scientific research and artistic creation, the right to respect for the adequate standard of living, the authorities of the host states of migrants must ensure that they have the optimal conditions for effective exercise.

Keywords: cultural rights; right to education; migrants; United Nations Organization

[1] Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza" din Iaşi, email: gentimir@uaic.ro.

1. Introduction

Mentioned in the most relevant instruments in the field of human rights[2] provided by international, regional and national legal framework, following the principle of the indivisibility of rights[3], cultural rights has earned progressively their importance in the interests manifested by political and legal bodies, taking into consideration the reconfigured balance assured to the all dimensions of reality: political, economical, social, cultural.

Beyond the general status of the cultural rights for any individual, the particular situation of migrants underlines the fundamental role of their cultural rights in the maintenance of their belonging to a certain geographical and cultural aria[4].

In order to avoid more arbitrariness that already exists thanks to constant change of the human society paradigm, which has determined the improvement of the meanings of the fundamental concepts such as culture, it would be recommended to establish precisely which actions or omissions of the migrants have to be protected in the category of cultural rights. It is notable that both hard law and soft law as well as the case law of human rights bodies have indicated a number of cultural rights which can be exercised by migrants, list of rights which has no limitative requirements: right to education, right to participation to the cultural live, right to enjoy the benefits of scientific progress and its application, right to benefit of the moral and material interests' protection resulted of the own scientific, literary or artistic creation, right to the respect of indispensable liberty of the scientific research and artistic creation, right to the respect of the adequate standard of living[5].

2. Common features of the migrants' cultural rights

Cultural rights of the migrants are individual rights or collective rights? Or are they *sui generis* individual rights thanks to the requisite regarding the necessity to belong to the migrants' community for the benefit of guarantees provided by law for migrants? Taking into account that the core of cultural rights is represented by cultural values, important for migrants as persons and as community, it might

---

2 H. R. Radu, *Convenţia Europeană a Drepturilor Omului. Curs Universitar*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2021.

3 M. Odello, F. Seatzu, *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights The Law, Process and Practice*, Routledge Research in Human Rights Law, Routledge, 2020, pp. 45-50, https://doi.org/10.4324/9781003061267.

4 F. Francioni, *Culture, Heritage and Human Rights: An Introduction*, in F. Francioni, M. Scheinin, (Eds.) *Cultural Human Rights,* International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 1-17, https://doi.org/10.1163/ej.9789004162945.i-372.

5 L. Crăciunean, *Protectia drepturilor culturale in dreptul international*, Editura Hamangiu, 2011, p. 23.

be timely to accentuate the individual and collective dimensions of the cultural rights.

Exercise of the cultural rights has to be an option for each migrant, so they have to be provided and guaranteed by legal framework.

3. Migrants' Principal Cultural Rights

3.1. Migrants' Right to Education

3.1.1. General remarks

The importance of the education for migrants, as for any individual, might be seen as an essential premise of manifestation of their cultural identity. Transfer of the specific values and principles, traditions, religion, language and other cultural items can be done using a complex procedure which emphasizes both official actions of the receiving State, which has to organize an efficient educational system accessible for migrants, and unofficial actions of the migrants themselves, who inform and train members in their families and communities.

Right to education[6] appears to be the main cultural right for migrants thanks to its implications in the fulfillment of the other migrants' cultural rights and to the accommodation in a new cultural environment.

3.1.2. Legal nature of the migrants' right to education

Having as genesis the need of the migrant to evaluate intellectually and emotionally, its relation with own desires and interests, the right to education of the migrants certifies its multilateral legal nature, it can be qualified as well as a civil right. Apart from this personal explanation, the same belonging to another category of rights – civil and political rights – is justified through the argument according to which these influence essentially the effective implementation of the economic rights or social right. As well, right to education might be considered economic right or social right. In conclusion, it can be framed both in each classification and cumulatively in all classes[7].

---

[6] G.L. Ispas, *Education Legislation. Between Reform and Interest, between Development and Retrograde Tradition/Legislaţia educaţiei. Între reformă şi interes, întreviziune de dezvoltare şi tradiţii retrograde*, publicat în volumul Conferinţei internaţionale de drept, studii europene şi relaţii internaţionale *Politica legislativă între reglementare europeană, naţională şi internaţională. Noi perspective ale dreptului,* prima ediţie, Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept, Bucureşti, 24-25 mai 2013, Editura Hamangiu, pp. 614-621.

[7] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 11: Plans of Action for Primary Education (Art. 14 of the Covenant), 10 May 1999, E/1992/23, available at: https://www.refworld.org/docid/4538838c0.html accessed 30.04.2021.

3.1.3. Essential features

Mandatory character of the migrants' education

Satisfying the interests of the migrants, parents and children, and the benefit of the receiving State, it is established in the international legal framework[8]

[8] Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights, proclaimed by the United Nations General Assembly in Paris on 10 December 1948, as General Assembly Resolution 217 A, https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights accessed 30.04.2021: „Everyone has the right to education. Education shall be free, at least in the elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory. Technical and professional education shall be made generally available and higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit.
Education shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms. It shall promote understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups, and shall further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.
Parents have a prior right to choose the kind of education that shall be given to their children."
Article 13 of the International Convenant on Social, Economic and Cultural Rights, adopted by United Nations General Assembly Resolution 2200A (XXI) on 16 December 1966, and entered in force from 23 March 1976, https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx, accessed 30.04.2021: 1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to education. They agree that education shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity, and shall strengthen the respect for human rights and fundamental freedoms. They further agree that education shall enable all persons to participate effectively in a free society, promote understanding, tolerance and friendship among all nations and all racial, ethnic or religious groups, and further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.
2. The States Parties to the present Covenant recognize that, with a view to achieving the full realization of this right:
(a) Primary education shall be compulsory and available free to all;
(b) Secondary education in its different forms, including technical and vocational secondary education, shall be made generally available and accessible to all by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education;
(c) Higher education shall be made equally accessible to all, on the basis of capacity, by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education;
(d) Fundamental education shall be encouraged or intensified as far as possible for those persons who have not received or completed the whole period of their primary education;
(e) The development of a system of schools at all levels shall be actively pursued, an adequate fellowship system shall be established, and the material conditions of teaching staff shall be continuously improved.
3. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to choose for their children schools, other than those established by the public authorities, which conform to such minimum educational standards as may be laid down or approved by the State and to ensure the

that primary education to be compulsory, beyond any criterions of discrimination and pursuant to the rights of children and accomplishing the requirements of qualitative education[9].

Free character of migrants' education

Regarding this particular feature, two main ideas must be underlined. Firstly, holders of the right to education, in the case of migrants, might be included in two categories: children education and adult education. Even the international legal framework stipulates only the free character of primary education, it appears to be essential that the access to free education to be assured to the adult migrants for a fast and profound accommodation in the receiving State. Secondly, migrants, generally, having law incomes, would live situations in which, thanks to the direct or indirect costs, will not be able to have access and to participate properly to all the activities organized by schools.

Recommendation to be introduced progressively the free character of the secondary and university education contributes to an extensive guarantee of the free education for migrants.

Availability of the migrants' education

Host State has to adopt a proper approach in the regulation of the migrants' education. Without creating situations of discrimination, to the migrants it has to be provided a diversity of options: migrants who speak the language of the host State can be integrated in schools attended by the nationals and other migrants; migrants who don't speak the language of the host State, firstly, have to have access to language classes and, then, to the national educational system, to all the levels.

Adaptability of the migrants' education

Education has to satisfy the requirements both updated information and necessities of the national society and migrants' community, qualitative and quantitative approaches.

---

religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

4. No part of this article shall be construed so as to interfere with the liberty of individuals and bodies to establish and direct educational institutions, subject always to the observance of the principles set forth in paragraph I of this article and to the requirement that the education given in such institutions shall conform to such minimum standards as may be laid down by the State.

Article 14 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: „Each State Party to the present Covenant which, at the time of becoming a Party, has not been able to secure in its metropolitan territory or other territories under its jurisdiction compulsory primary education, free of charge, undertakes, within two years, to work out and adopt a detailed plan of action for the progressive implementation, within a reasonable number of years, to be fixed in the plan, of the principle of compulsory education free of charge for all.'

9 L. Crăciunean, *op. cit.*, p. 77.

3.2. Migrants' Right Freely to Participate in the Cultural Life of the Community

3.2.1. Conceptual delimitations

No matter how is formulated, right freely to participate to cultural life of the community[10], equal right to participate to cultural activities[11], right to participate to all the aspects of social and cultural life[12], right to participate fully to the cultural and artistic life[13], right to have access and to participate to cultural life[14] has constantly demonstrated that its importance for the balance of the members of the national community.

Other rights such as rights of the persons belonging to the minorities to enjoy their own culture, to promote and practice own religion, of using own language in public and private space and to participate effectively to cultural life[15], rights of the minorities to their own cultural institutions, ancestral lands, natural

---

10 Article 27 paragraph 1 Universal Declaration of Human Rights.

11 Article 5, lit. e (vi) of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, adopted and opened for signature and ratification by General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965 and entered into force 4 January 1969, https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx accessed 30.04.2021.

12 Article 13 lit. c) of the International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979 and entered into force on 3 September 1981, https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw.pdf accessed 30.04.2021.

13 Article 31 paragraph 2 of the Convention on the Rights of the Child, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989 and entered into force 2 September 1990, https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx accessed 30.04.2021.

14 Article 43 paragraph 1 lit. g International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, adopted 18 December 1990 by General Assembly Resolution 45/158 and entered into force on 1 July 2003, https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx accessed 30.04.2021.

15 Articles 17, 18, 19, 21, 22 and 27 of the International Covenant on Civil and Politic Rights, adopted by United Nations General Assembly Resolution 2200A (XXI) on 16 December 1966, and in force from 23 March 1976, https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx accessed 30.04.2021; articles 2 paragraph 1 and 2 of the Declaration UN on the rights of the persons belonging to the national, ethnic, religious and linguistic minorities, adopted by the UN General Assembly resolution No. 47/135 on 18 December, 1992, https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/minorities.aspx accessed 30.04.2021; article 15 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, adopted on 10 November 1994 by the Committee of Ministers and entered into force on 1 February 1998, https://www.coe.int/en/web/minorities/at-a-glance accessed 30.04.2021.

resources and traditional knowledge[16] might be considered elements of the right to participate to the cultural life.

The main components of the right to participate to the cultural life might be organized as stages of migrants' cultural activities: access, participation and contribution to the cultural life[17].

Participation covers in particular the right of migrants — "as individual, or in association with others or as a community — to act freely, to choose his or her own identity, to identify or not with one or several communities or to change that choice, to take part in the political life of society, to engage in one's own cultural practices and to express oneself in the language of one's choice. Every migrant also has the right to seek and develop cultural knowledge and expressions and to share them with others, as well as to act creatively and take part in creative activity" [18].

Access overlap in particular the right of migrant — "as individual, in association with others or as a community — to know and understand his or her own culture and that of others through education and information, and to receive quality education and training with due regard for cultural identity. Every migrant has also the right to learn about forms of expression and dissemination through any technical medium of information or communication, to follow a way of life associated with the use of cultural goods and resources such as land, water, biodiversity, language or specific institutions, and to benefit from the cultural heritage and the creation of other individuals and communities"[19].

Contribution to cultural life refers to the right of everyone to be involved in creating the spiritual, material, intellectual and emotional expressions of the community. This is supported by the right to take part in the development of the community to which a person belongs, and in the definition, elaboration and

---

[16] Article 5, 8, 10, 11, 12, 13 of the UN Declaration on the rights on indigenous people, adopted by United Nations General Assembly Resolution on 13 September 2007, https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_E_web.pdf accessed 30.04.2021; article 2, 5, 7, 8, 13, 14, 15 of the International Labor Organization Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, adopted on 27 June 1989 by the General Conference of the International Labour Organisation and entered into force: 5 September 1991, https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ Indigenous.aspx accessed 30.04.2021.

[17] L. Pineschi, *Cultural Diversity as a Human Rights? General comment no. 21, UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights* in *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity*, Studies in International Human Rights, Volume 4, 2012, Brill Nijhoff, pp. 27-53, https://doi.org/10.1163/9789004228382_003.

[18] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General comment no. 21, Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 21 December 2009, E/C.12/GC/21, available at: https://www.refworld.org/docid/4ed35bae2.html, accessed 30.04.2021.

[19] L. Pineschi, *op. cit.*, pp. 27-53.

implementation of policies and decisions that have an impact on the exercise of a person's cultural rights[20].

3.2.2. Conditions for the full realization of the right to take part in cultural life established by Committee on Economic, Social and Cultural Rights in its General Commentary of the no. 21, 20 November 2009[21]

Availability is "the presence of cultural goods and services that are open for everyone to enjoy and benefit from, including libraries, museums, theatres, cinemas and sports stadiums; literature, including folklore, and the arts in all forms; the shared open spaces essential to cultural interaction, such as parks, squares, avenues and streets; nature's gifts, such as seas, lakes, rivers, mountains, forests and nature reserves, including the flora and fauna found there, which give nations their character and biodiversity; intangible cultural goods, such as languages, customs, traditions, beliefs, knowledge and history, as well as values, which make up identity and contribute to the cultural diversity of individuals and communities. Of all the cultural goods, one of special value is the productive intercultural kinship that arises where diverse groups, minorities and communities can freely share the same territory"[22].

---

[20] Article 5 of the UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, adopted by UNESCO General Conference on 2 Nobember 2001, http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html accessed 30.04.2021: „Cultural rights are an integral part of human rights, which are universal, indivisible and interdependent. The flourishing of creative diversity requires the full implementation of cultural rights as defined in Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and in Articles 13 and 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. All persons have therefore the right to express themselves and to create and disseminate their work in the language of their choice, and particularly in their mother tongue; all persons are entitled to quality education and training that fully respect their cultural identity; and all persons have the right to participate in the cultural life of their choice and conduct their own cultural practices, subject to respect for human rights and fundamental freedoms."
Article 7 of the Fribourg Declaration on Cultural Rights, adopted in Fribourg on May 7th 2007 by Observatory of Diversity and Cultural Rights (which headquarters are at the Interdisciplinary Institute of Ethnics and Human Rights at the Fribourg University) together with the Organisation Internationale de la Francophonie and UNESCO, https://culturalrights.net/en/documentos.php?c=14&p=161 accessed 30.04.2021.

[21] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General comment no. 21, Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 21 December 2009, E/C.12/GC/21, available at: https://www.refworld.org/docid/4ed35bae2.html, accessed 30.04.2021.

[22] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General comment no. 21, Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 21 December 2009, E/C.12/GC/21, available at: https://www.refworld.org/docid/4ed35bae2.html, accessed 30.04.2021.

Accessibility consists of "effective and concrete opportunities for individuals and communities to enjoy culture fully, within physical and financial reach for all in both urban and rural areas, without discrimination. It is essential, in this regard, that access for older persons and persons with disabilities, as well as for those who live in poverty, is provided and facilitated. Accessibility also includes the right of everyone to seek, receive and share information on all manifestations of culture in the language of the person's choice, and the access of communities to means of expressions and dissemination[23]".

Acceptability "entails that the laws, policies, strategies, programmes and measures adopted by the State party for the enjoyment of cultural rights should be formulated and implemented in such a way as to be acceptable to the individuals and communities involved. In this regard, consultations should be held with the individuals and communities concerned in order to ensure that the measures to protect cultural diversity are acceptable to them[24]".

Adaptability refers to the "flexibility and relevance of strategies, policies, programmes and measures adopted by the State party in any area of cultural life, which must be respectful of the cultural diversity of individuals and communities[25]".

Appropriateness refers to the "realization of a specific human right in a way that is pertinent and suitable to a given cultural modality or context, that is, respectful of the culture and cultural rights of individuals and communities, including minorities and indigenous peoples. The Committee has in many instances referred to the notion of cultural appropriateness (or cultural acceptability or adequacy) in past general comments, in relation in particular to the rights to food, health, water, housing and education. The way in which rights are implemented may also have an impact on cultural life and cultural diversity. The Committee wishes to stress in this regard the need to take into account, as far as possible, cultural values attached to, inter alia, food and food consumption, the use of water, the way health and education services are provided and the way housing is designed and constructed[26]".

3.2.3. Limits of the right to take part to the cultural life

Right to take part to the cultural life is closely linked to the enjoyment of other rights recognized in the international human rights instruments.

Migrants may invoke cultural diversity to infringe upon human rights guaranteed by international law, nor to limit their goal[27].

Applying limitations to the right of everyone to take part in cultural life may be necessary in certain circumstances, in particular in the case of negative practices, including those attributed "to customs and traditions, that infringe upon

[23] *Idem.*
[24] *Idem.*
[25] *Idem.*
[26] L. Pineschi, *op. cit.*, pp. 27-53.
[27] Article 4 of the Universal Declaration on Cultural Diversity.

other human rights. Such limitations must pursue a legitimate aim, be compatible with the nature of this right and be strictly necessary for the promotion of general welfare in a democratic society, in accordance with article 4 of the Covenant. Any limitations must therefore be proportionate, meaning that the least restrictive measures must be taken when several types of limitations may be imposed. The existing international human rights standards on limitations can or cannot be legitimately imposed on rights that are intrinsically linked to the right to take part in cultural life, such as the rights to privacy, to freedom of thought, conscience and religion, to freedom of opinion and expression, to peaceful assembly and to freedom of association"[28].

3.3. Migrants' Right to the Protection of Moral and Material Interests Resulted from the Own Scientific, Literary and Artistic Creation

UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment on the Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author[29] offers the most relevant constitutive elements of this right, as it follows.

3.3.1. Conceptual delimitations

Scientific, literary or artistic productions of the migrants, such as, inter alia, writers and artists, can be the beneficiary of the protection of article 15, paragraph 1 (c), thanks to the generic formula - "everyone", "he" and "author" - which indicate that "the drafters of that article seemed to have believed authors of scientific, literary or artistic productions to be natural persons, without at that time realizing that they could also be groups of individuals"[30].

Although the wording of article 15, paragraph 1 (c), generally refers to the individual creator ("everyone", "he", "author"), "the right to benefit from the

[28] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 11: Plans of Action for Primary Education (Art. 14 of the Covenant), 10 May 1999, E/1992/23, available at: https://www.refworld.org/docid/4538838c0.html accessed 30.04. 2021.

[29] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant), 12 January 2006, E/C.12/GC/17, available at: https://www.refworld.org/docid/441543594.html accessed 30.04.2021.

[30] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant), 12 January 2006, E/C.12/GC/17, available at: https://www.refworld.org/docid/441543594.html accessed 30.04.2021.

protection of the moral and material interests resulting from one's scientific, literary or artistic productions can, under certain circumstances, also be enjoyed by groups of individuals or by communities"[31], such as migrants communities.

"Any scientific, literary or artistic production", within the meaning of article 15, paragraph 1 (c), refers to creations of the human mind, that is to "scientific productions", such as scientific publications and innovations, including knowledge, innovations and practices of indigenous and local or migrants communities, and "literary and artistic productions", such as, inter alia, poems, novels, paintings, sculptures, musical compositions, theatrical and cinematographic works, performances and oral traditions[32].

Article 15, paragraph 1 (c) recognizes the right of authors, migrants also, to benefit of an effective protection of the moral and material interests resulting from their scientific, literary or artistic productions. Consequently, this provision prevents States parties from adopting higher protection standards in international treaties on the protection of the moral and material interests of authors, migrants or not, in their domestic laws, provided that these standards do not unjustifiably limit the enjoyment by others of their rights under the Covenant.

The protection of the "moral interests" of authors, migrants also, has been explained in the article 27, paragraph 2, of the Universal Declaration of Human Rights: "Authors of all artistic, literary, scientific works and inventors shall retain, in addition to just remuneration of their labor, a moral right on their work and/or discovery which shall not disappear, even after such a work shall have become the common property of mankind."

As well, it is underline the intrinsically personal character of every creation of the human mind and the ensuing durable link between creators and their creations[33].

The protection of "material interests" of authors, migrants also, in article 15, paragraph 1 (c), "reflects the close linkage of this provision with the right to own property, as recognized in article 17 of the Universal Declaration of Human Rights and in regional human rights instruments, as well as with the right of any worker to adequate remuneration (art. 7 (a)). Unlike other human rights, the material interests of authors are not directly linked to the personality of the creator, but contribute to the enjoyment of the right to an adequate standard of living (art.

---

31 *Idem.*

32 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Report on the Twenty-fifth, Twenty-sixth and Twenty-seventh Sessions (23 April-11 May 2001, 13-31 August 2001, 12-30 November 2001), 6 June 2002, E/2002/22; E/C.12/2001/17, available at: https://www.refworld.org/docid/45c30b330.html accessed 30.04.2021.

33 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant), 12 January 2006, E/C.12/GC/17, available at: https://www.refworld.org/docid/441543594.html accessed 30.04.2021.

11, para. 1). The term of protection of material interests under article 15, paragraph 1 (c), need not extend over the entire lifespan of an author. Rather, the purpose of enabling authors to enjoy an adequate standard of living can also be achieved through one-time payments or by vesting an author, for a limited period of time, with the exclusive right to exploit his scientific, literary or artistic production"[34].

The word "resulting" stresses that authors only benefit from the protection of such moral and material interests which are directly generated by their scientific, literary or artistic productions.

3.3.2. Limitations

The right to the protection of the moral and material interests resulting from one's scientific, literary and artistic productions might be subject to limitations and must be balanced with the other rights recognized in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The limitations on the rights protected under article 15, paragraph 1 (c), must some particular conditions such as: to be determined by law in a manner compatible with the nature of these rights, to pursue a legitimate aim, and to be strictly necessary for the promotion of the general welfare in a democratic society, in accordance with article 4 of the Covenant.

The exigency referring to principle of proportionality means that "the least restrictive measures must be adopted when several types of limitations may be imposed". Consequently, "limitations must be compatible with the very nature of the rights protected in article 15, paragraph 1 (c), which lies in the protection of the personal link between the author and his/her creation and of the means which are necessary to enable authors to enjoy an adequate standard of living"[35].

The imposition of limitations for migrants may, under certain circumstances, require compensatory measures, such as payment of adequate compensation for the use of scientific, literary or artistic productions in the public interest.

3.4. Migrants' Right to Participate to Realization of Their Cultural Rights

Migrants, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality[36].

---

[34] *Idem.*

[35] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant), 12 January 2006, E/C.12/GC/17, available at: https://www.refworld.org/docid/441543594.html accessed 30.04.2021.

[36] Article 22 Universal Declaration of Human Rights: „Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and

3. 5. Migrants' Right to an Adequate Standard of Living for Himself and His Family [37]

Right to adequate food and housing has been analyzed and qualified as elements of "cultural adequacy": "The way housing is constructed, the building materials used and the policies supporting these must appropriately enable the expression of cultural identity and diversity of housing. Activities geared towards development or modernization in the housing sphere should ensure that the cultural dimensions of housing are not sacrificed, and that, inter alia, modern technological facilities, as appropriate are also ensured[38]".

The link between traditional way of living and respect for the right to housing and private life has been underlined in cases of groups belonging to minorities of host State or migrants. The protection of the special need of a minorities group coincide with the protection of their security, identity and specific life style and satisfy not only their interests, but the protection of cultural diversity as a value of whole community.

4. Conclusions

Cultural rights, being exercised by migrants as an individual, or in association with others, or within a community or group, as such, have to have assured by the States the proper conditions for an effective and continuous exercise.

international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality".

37 Article 11 of the International Covenant on Social, Economic, Cultural Rights
1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.
2. The States Parties to the present Covenant, recognizing the fundamental right of everyone to be free from hunger, shall take, individually and through international co-operation, the measures, including specific programmes, which are needed:
(a) To improve methods of production, conservation and distribution of food by making full use of technical and scientific knowledge, by disseminating knowledge of the principles of nutrition and by developing or reforming agrarian systems in such a way as to achieve the most efficient development and utilization of natural resources;
(b) Taking into account the problems of both food-importing and food-exporting countries, to ensure an equitable distribution of world food supplies in relation to need.

38 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant), 13 December 1991, E/1992/23, available at: https://www.refworld.org/docid/47a7079a1.html accessed 30.04.2021.

Referințe

Crăciunean L., *Protecţia drepturilor culturale in dreptul internaţional*, Editura Hamangiu, 2011

Francioni F., *Culture, Heritage and Human Rights: An Introduction*, in F. Francioni, Scheinin M., (Eds.) *Cultural Human Rights*, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 1-17, https://doi.org/10.1163/ej.9789004162945.i-372

Ispas G.L., *Education Legislation. Between Reform and Interest, between Development and Retrograde Tradition/Legislaţia educaţiei. Între reformă şi interes, întreviziune de dezvoltare şi tradiţii retrograde*, publicat în volumul Conferinței internaționale de drept, studii europene și relații internaționale *Politica legislativă între reglementare europeană,națională şi internaţională. Noi perspective ale dreptului,* prima ediție, Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2013

Radu H. R., *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Curs Universitar*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2021

Odello M., Seatzu F., *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights The Law, Process and Practice*, Routledge Research in Human Rights Law, Routledge, 2020, https://doi.org/10.4324/9781003061267

Pineschi L., *Cultural Diversity as a Human Rights? General comment no. 21, UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights* in *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity*, Brill Nijhoff, Studies in International Human Rights, Volume 4, 2012, https://doi.org/10.1163/9789004228382_003

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-14

Observaţii critice cu privire la răspunderea juridică consacrată de art. 240 din Codul administrativ român

Critical remarks regarding the legal liability enshrined in art. 240 of the Romanian administrative code

Claudiu George Pupăzan[1]

Rezumat: Codul administrativ român a introdus o serie de reglementări în materia răspunderii pentru actele administraţiei publice locale care, la o atentă analiză, au tendinţa de a amplifica gradul de răspundere juridică pentru funcţionarii publici implicaţi in pregătirea deciziei administrative, concomitent cu o diminuare a acesteia pentru aleşii locali care emit sau, după caz, adoptă această decizie. Se poate astfel vorbi de o pasare a răspunderii juridice, reglementată prin lege, de la demnitarii aleşi la funcţionarii publici din aparatele de specialitate ale autorităţilor administraţiei publice locale, situaţie care, din punctul nostru de vedere, este de neacceptat.

Cuvinte-cheie: răspundere juridică; funcţionari publici; aleşi locali; decizie administrativă

Abstract: The Romanian Administrative Code introduced a series of regulations on liability for local public administration acts which, on closer examination, tend to amplify the degree of legal liability for civil servants involved in the preparation of the administrative decision, while reducing it for local elected officials who issue or, as the case may be, adopt this decision.One can thus speak of a transfer of legal responsibility, regulated by law, from elected officials to civil servants in the specialized apparatuses of local public administration authorities, a situation which, from our point of view, is unacceptable.

Keywords: legal liability; civil servants; local elected officials; administrative decision

Introducere

Articolul 240 din Codul administrativ[2] introduce o răspundere aferentă actelor administrative de autoritate, stabilind condiţiile în care, la nivelul unităţilor administrativ-teritoriale, se poate angaja răspunderea juridică, administrativă, civilă sau penală a celor care pregătesc decizia administrativă, dar şi a celor care o

---

1 Lector universitar dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza" din Iaşi, email: george.pupazan@uaic.ro

2 Codul administrativ român a fost adoptat prin O.U.G. nr.57 din 2019, publicată în M. Of. nr.555 din 05 iulie 2019.

emit sau adoptă. Modul de redactare al textului ridică însă semne de întrebare deoarece se consacră o răspundere aproape exclusivă în sarcina funcționarilor publici pentru toate actele administrative care se emit sau, după caz, se adoptă, protejându-i în același timp, de orice formă de răspundere pe demnitarii locali: primari și consilieri locali, consilieri județeni și președinți de consilii județene. Consecințele unei asemenea reglementări pot fi dintre cele mai grave, putând afecta încrederea în relațiile sociale de serviciu desfășurate în cadrul instituțiilor și autorităților publice ale administrației locale.

Răspunderea pentru actele administrației publice locale

Este cunoscut faptul că, prin natura lor, actele administrative de autoritate, fiind emise sau, după caz, adoptate de organe ale statului român învestite cu prerogative de putere publică, sunt executorii din oficiu nemaifiind necesar învestirea lor cu formulă executorie[3]. Mai mult, chiar și atunci când actul administrativ nu ar purta semnătura emitentului, element stipulat de lege sub sancțiunea nulității, nu ar însemna că acesta nu ar mai fi executoriu și nu ar mai putea produce astfel, efecte juridice. Este adevărat că lipsa semnăturii de pe actele emise de organele unipersonale de conducere reprezintă un viciu grav ce atrage nulitatea lor absolută dar, până când această ilegalitate nu este constatată de către emitent sau de către instanța de judecată competentă, actul își va produce toate efectele, fiind obligatoriu și trebuind executat de către destinatarul său[4].

De aceea, este destul de dificil să înțelegem care a fost rațiunea pentru care legiuitorul, prin art. 240 alin. (1) Cod administrativ, a introdus această regulă, de a învesti, prin semnătura primarului, a președintelui consiliului județean, respectiv a președintelui de ședință al consiliului local, cu formulă de autoritate executarea actelor administrative emise sau, după caz, adoptate, în condițiile în care toate actele administrative de autoritate sunt executorii, și de ce a reglementat-o numai pentru anumite acte administrative, și anume pentru cele emise sau, după caz, adoptate de primar, consiliul județean și consiliul local. Mai mult, trebuie remarcat și că semnăturile puse de către primar, respectiv, de președintele consiliului județean pe o dispoziție, act administrativ în temeiul căruia aceste autorități unipersonale își îndeplinesc sarcinile de serviciu, nu au aceeași valoare juridică cu a semnăturilor puse de președintele de ședință al consiliului local ori de președintele consiliului județean pe o hotărâre de consiliul local, respectiv, județean. Dacă în prima situație, semnătura este o condiție esențială pentru

---

3 V. Negruț, *Considerații generale privind răspunderea aferentă actelor administrative*, în Revista Română de Științe Administrative Vol. I, Nr. 1/2017, p. 26. A se vedea și R.N. Petrescu, *Drept administrativ*, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 310; D.C. Mâță, *Drept administrativ, Vol. II,* ed. a II-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București 2019, p. 26; A. Trăilescu, *Drept administrativ*, ed. a II-a, Editura All Beck, București 2005, p. 198; I. Iovănaș, *Dreptul administrativ și elemente ale științei administrației*, Editura Didactică și pedagogică, București, 1977, p. 218.

4 Pentru detalii, a se vedea: D. C. Mâță, *op. cit.*, pp. 37 și urm.

valabilitatea actului administrativ, atestând autenticitatea elementelor din antet și din formula introductivă a actului, precum și veridicitatea părții dispozitive din cuprinsul acestuia, în cea de a doua situație, semnătura are doar rolul de a confirma manifestarea de voință a unui alt organ, a celui deliberativ, concretizată în hotărârea de consiliu local sau județean adoptată[5].

Pe de altă parte, textul art. 240 alin. (1) din Codul administrativ, care prevede că: *Primarul, preşedintele consiliului judeţean, respectiv preşedintele de şedinţă al consiliului local, după caz, prin semnare, investeşte cu formulă de autoritate executarea actelor administrative emise sau adoptate în exercitarea atribuţiilor care îi revin potrivit legii*, prezintă și alte probleme. Astfel, se poate observa că articolul citat este redactat într-o manieră restrictivă, în sensul că numai semnătura acelor persoane anume prevăzute de acest text de lege poate învesti cu formulă de autoritate executarea actelor administrative ce intră în sfera lor de competență, iar aliniatul următor al art. 240 Cod administrativ confirmă, în teza I, această regulă stipulând că: *aprecierea necesităţii şi oportunitatea adoptării şi emiterii actelor administrative aparţine exclusiv autorităţilor deliberative, respectiv executive*, această prerogativă neputând fi cedată ori transmisă către altcineva[6]. Se pune atunci întrebarea ce valoare ar avea semnăturile legal aplicate pe o hotărâre de consiliu local sau, după caz, județean, de către alte persoane prevăzute de lege, în condițiile în care președintele de ședință sau, după caz, președintele consiliului județean nu le semnează? Potrivit art. 140 alin. (2) din Codul administrativ: *în cazul în care preşedintele de şedinţă refuză, în scris, să semneze, hotărârea consiliului local se semnează de cel puţin 2 consilieri locali dintre cei care au participat la şedinţă*, iar potrivit art. 182 alin. (3) din același act normativ, *hotărârile* (*de consiliu judeţean s.n.*) *se semnează de preşedinte sau, în lipsa acestuia, de vicepreşedintele consiliului judeţean sau consilierul judeţean care a condus şedinţa...* Concluzia ar fi că semnăturile acestor aleși locali neindicați expres în textul art. 240 alin.(1) Cod administrativ, deși legal aplicate, nu ar putea conferi caracter executoriu actului administrativ de autoritate adoptat, fapt de natură a crea o perturbare însemnată în activitatea organelor colegiale cu repercusiuni importante asupra bunei funcționări a aparatului de lucru a unității administrativ-teritoriale.

În același timp, trebuie observate și implicațiile juridice pe care art. 240 alin. (1) Cod administrativ le produce prin raportare la instituția delegării atribuțiilor primarului. Art. 157 din Codul administrativ stabilește că toate prerogativele pe care le are un primar pot face obiectul delegării de atribuții[7]. În acest context, se pune întrebarea: ce valoare poate avea semnătura unui viceprimar

---

5 A se vedea R.N. Petrescu, *op. cit.*, p. 324 și A. Trăilescu, *op. cit.*, p. 203.

6 Pentru detalii, a se vedea: V. Negruț, *op. cit.*, pp. 27 și urm.

7 Art. 157 alin. (1) din Codul administrativ stipulează că: *Primarul poate delega, prin dispoziţie, atribuţiile ce îi sunt conferite de lege şi alte acte normative viceprimarului, secretarului general al unităţii/subdiviziunii administrativ-teritoriale, conducătorilor compartimentelor funcţionale sau personalului din aparatul de specialitate, administratorului public, precum şi conducătorilor instituţiilor şi serviciilor publice de interes local, în funcţie de competenţele ce le revin în domeniile respective.*

pusă pe o dispoziție emisă în exercitarea unei atribuții delegate de către primar, în condițiile în care doar semnătura primarului, potrivit art. 240 alin. (1) din Codul administrativ, poate învesti cu formulă de autoritate executarea unei dispoziții? Concluzia ar fi că semnătura viceprimarului nu poate învesti cu formulă executorie dispoziția pe care acesta o emite în temeiul delegării de atribuții, deși practica ar contrazice o asemenea interpretare restrictivă a prevederilor legale[8].

În al doilea rând, textul de lege poate fi criticat deoarece conferă atât președintelui de ședință al consiliului local, cât și președintelui consiliului județean o putere discreționară mult prea însemnată, de care s-ar putea abuza, în sensul că de semnătura lor ar depinde învestirea cu formulă executorie a hotărârilor consiliilor locale sau județene. Dispunând de asemenea prerogative, cei doi executivi ar deveni adevărați șefi ai structurilor deliberative ale unităților administrativ-teritoriale, putând amâna sau refuza semnarea hotărârilor de consiliu local sau, după caz, județean în funcție de interese subiective, personale sau politice, împiedicându-le astfel, contrar voinței organelor deliberative, să producă efecte.

Nu în ultimul rând, interpretarea restrictivă impusă de norma cuprinsă în art. 240 alin. (1) din Codul administrativ duce și la o situație discriminatorie, în sensul că semnăturile puse pe acte administrative de autoritate, deci, de aceeași natură, nu ar avea o valoare juridică similară: în cazul actelor administrative emise sau, după caz, adoptate de către autoritățile administrației publice locale semnătura pusă de conducătorii lor le investește cu formulă executorie, în timp ce semnătura pusă pe un act administrativ de către un conducător de instituție publică centrală, diferit de cei prevăzuți în textul art. 240 alin.(1) Cod administrativ, ar putea fi interpretat că n-ar avea același efect[9].

Articolul 240 din Codul administrativ instituie, surprinzător, și o discriminare vădită între aleșii locali, pe de o parte, și personalul din subordinea lor, pe de altă parte, în privința răspunderii ce privește activitatea desfășurată în interesul unității administrativ-teritoriale. Concret, funcționarii publici și personalul contractual răspund atât pentru activitatea pe care o desfășoară, potrivit fișei postului, în cadrul aparatului de specialitate al primarului, respectiv al

---

8 Preluarea atribuțiilor prin delegare de către viceprimar, îi conferă acestuia prerogativa de a emite dispoziții, acte administrative de autoritate, care vor avea același regim juridic ca și dispozițiile emise de către primar. Cu alte cuvinte, între dispozițiile emise de către primar și cele emise de către viceprimar în baza delegării de atribuții, nu există nicio diferență din punct de vedere juridic.

9 Este adevărat că în textul alin. (6) al Art. 240 din Codul administrativ se menționează că prevederile cuprinse în art. 240 se vor aplica și cu privire la alte acte administrative de autoritate sau asimilate acestora, dar numai dacă sunt emise sau, după caz, adoptate de către autoritățile administrației publice locale, fiind excluse actele administrative emise sau adoptate de către autoritățile administrației publice centrale. Acest aspect poate duce la apariția unei situații discriminatorii. Concret, Art. 240 alin. (6) Cod administrativ stipulează că: *Prevederile alin. (1) -(5) se aplică și în cazul altor acte administrative sau asimilate acestora în condițiile legii emise, respectiv adoptate de autoritățile administrației publice locale.*

consiliului judeţean, în vederea pregătirii deciziei autorităţii, cât şi pentru efectele produse de către aceasta, pe când aleşii locali, reprezentanţii autorităţii, beneficiază de o imunitate absolută în privinţa consecinţelor propriei lor decizii, mai exact a actelor administrative pe care le adoptă sau, după caz, le emit. În acest sens, art. 240 alin. (3) şi (4) din Codul administrativ stabileşte că autorităţile locale executive şi deliberative nu răspund pentru propriile acte, dacă acestea s-au fundamentat pe operaţiuni administrative realizate în conformitate cu prevederile legale.

Din analiza dispoziţiilor legale, se poate lesne observa că funcţionarii publici, alături de personalul contractual pot răspunde juridic în trei situaţii, pe când răspunderea aleşilor locali se va angaja doar în cazul actelor juridice pe care le adoptă sau, după caz, le emit şi care nu au fost susţinute de operaţiuni administrative.

Astfel, funcţionarii publici şi salariaţii din instituţiile publice vor răspunde pentru activităţile ce intră în sfera atribuţiilor lor de serviciu, adică pentru modul de întocmire a rapoartelor sau a altor documente de fundamentare prevăzute de lege, pentru contrasemnarea sau avizarea pentru legalitate şi semnarea documentelor de fundamentare. În al doilea rând, răspunderea poate interveni şi pentru actele autorităţilor administraţiei publice locale care au avut la bază operaţiuni de avizare, contrasemnare sau de fundamentare ce au fost realizate cu încălcarea dispoziţiilor legale. Nu în ultimul rând, funcţionarii publici şi personalul contractual vor răspunde şi pentru neîndeplinirea activităţilor specifice funcţiei lor, adică pentru lipsa realizării operaţiunilor tehnico-materiale de fundamentare, avizare şi contrasemnare a actelor administrative ale autorităţilor locale.

Pe de altă parte, răspunderea aleşilor locali pentru activitatea lor producătoare de efecte juridice este una mult diminuată, aceasta intervenind, potrivit art. 240 alin.(4) Cod administrativ[10] doar în cazul în care actul administrativ pe care îl emit sau, după caz, îl adoptă nu a fost susţinut de operaţiunile tehnico-materiale de fundamentare, avizare sau contrasemnare, ori dacă emiterea lui s-a făcut cu exces de putere. În practică, o astfel de situaţie este puţin probabil să se întâlnească ţinând cont de faptul că mecanismul decizional dintr-o instituţie publică, care presupune şi pregătirea deciziei, este caracterizat de un strict control ierarhic, de responsabilitate, precum şi de un automatism funcţional care lasă reduse şanse unui act administrativ de autoritate să fie adoptat sau emis fără a trece prin filtrul birocratic. În a doua ipoteză, riscul angajării răspunderii pentru exces de putere este unul scăzut în condiţiile în care alesul local, informat fiind prin avize consultative [11] sau prin alte operaţiuni administrative de aceeaşi natură, realizate

[10] Art. 240 alin. (4) din Codul administrativ prevede că: *În cazul în care printr-un act administrativ al autorităţilor administraţiei publice locale emis sau adoptat fără a fi fundamentat, contrasemnat sau avizat din punct de vedere tehnic sau al legalităţii s-au produs consecinţe vătămătoare, este angajată răspunderea juridică a autorităţii executive sau autorităţii deliberative, după caz, în condiţiile legii şi ale prezentului cod.*

[11] Avizele consultative sunt operaţiuni administrative prin care, cel care le emite, exprimă o opinie avizată într-un anumit domeniu de interes. Aceste avize trebuie obligatoriu solicitate de către organul administrativ emitent, neexistând însă obligaţia respectării

de aparatul de specialitate din subordine, va emite sau, după caz, adopta actul juridic în cunoștință de cauză, având în mod clar reprezentarea limitelor legalității și a consecințelor depășirii lor.

Această manieră de reglementare a răspunderii juridice pentru activitatea administrației publice ne apare excesivă prin raportare la rolul, locul și statutul factorilor implicați în luarea deciziei. În fapt, legiuitorul nu face altceva decât să transfere întreaga răspundere juridică în sarcina celor care pregătesc decizia, a funcționarilor publici, degrevându-i în același timp pe aleșii locali de orice răspundere care implică participarea lor activă la procesul decizional, cât și pentru eventualele consecințe vătămătoare ale propriilor acte. Cu toate că atribuțiile stabilite în sarcina aleșilor locali, în special a celor cu rol executiv, sunt numeroase, importante și cu un grad ridicat de complexitate, atingând toate domeniile de interes local, nu poate fi justificată o astfel de degrevare de răspundere. Statutul de ales local nu presupune numai prestigiu, drepturi și privilegii, ci implică și îndatoriri, printre care și responsabilitatea acțiunilor întreprinse în exercitarea propriilor atribuții. Mai mult, acceptarea unei astfel de situații poate avea și consecințe negative. Pe de o parte, poate încuraja alesul local să abuzeze de poziția pe care o deține, săvârșind fapte antisociale, iar pe de altă parte, poate duce la neglijarea propriile atribuții de serviciu, prin relaxarea controlului și a supravegherii activității personalului din subordine, în condițiile în care alesul local nu mai are răspunderea asumării propriei decizii.

În același timp, se pune nejustificat și o presiune suplimentară pe funcționarul public din aparatul de specialitate al instituției publice. Este cunoscut faptul că realizarea operațiunilor administrative sau tehnico-materiale, adică întocmirea de rapoarte, referate, expuneri de motive, studii de impact, note de fundamentare sau avize, exprimă și poziția subiectivă a celor care le redactează. De cele mai multe ori, cei care pregătesc decizia dispun de un important drept de apreciere în redactarea conținutului operațiunilor administrative, fapt ce poate influența și modul de angajare a răspunderii lor. Punctual, putem avea în vedere situația unui funcționar public din aparatul de specialitate din cadrul instituției primăriei sau a consiliului județean, care acordă un aviz de legalitate pe un act administrativ, acționând cu bună-credință, interpretând într-o viziune proprie și motivat prevederile legale. Ce se va întâmpla însă dacă actul administrativ emis sau, după caz, adoptat, în temeiul avizului de legalitate dat, este atacat la instanța competentă, constatându-se ilegalitatea acestuia? Va răspunde funcționarul public în temeiul art. 240 alin. (3) Cod administrativ[12]? Răspunsul ar trebui să fie unul

conținutului lor. Pentru detalii, a se vedea: C. Manda, *Drept administrativ. Tratat elementar, ed. a III-a, revăzută şi adăugită*, Editura Lumina Lex, Bucureşti 2005, pp. 376-377 și R. N. Petrescu, *op. cit.*, pp. 320-321.

[12] Potrivit Art. 240 alin. (3) Cod administrativ: *Actele autorităţilor administraţiei publice locale angajează, în condiţiile legii, răspunderea administrativă, civilă sau penală, după caz, a funcţionarilor publici şi personalului contractual din aparatul de specialitate al primarului, respectiv al consiliului judeţean care, cu încălcarea prevederilor legale,*

negativ, în condițiile în care funcționarul public și-a îndeplinit corect atribuțiile de serviciu, avizul dat reprezentând doar o simplă opinie juridică cu privire la legalitatea unei norme cuprinse într-un act administrativ, nestabilind însă cu autoritate legalitatea acesteia.

Concluzii

Ar fi fost mult mai bine ca această regulă a învestirii cu formulă de autoritate a executării actelor administrative să nu prezinte un caracter marginal și astfel să se aplice numai actelor semnate de primar, de președinte consiliului județean și de președinte de ședință al consiliului local, ci să fie extinsă pentru toate autoritățile administrative[13] care, în temeiul prerogativelor de putere publică, au competența de a emite sau adopta acte administrative de autoritate.

Reglementările dispersate, necorelate și care nu reflectă realitățile din administrația publică duc întotdeauna la confuzii, interpretări neunitare, situații discriminatorii și, în plan funcțional, la blocaje instituționale. Acest lucru demonstrează încă odată necesitatea adoptării unui Cod de procedură administrativă care să stabilească în mod unitar, coerent și explicit mecanismul de luare a deciziei administrative în cadrul tuturor autorităților și instituțiilor publice precum și reglementarea efectelor pe care le pot produce actele administrative.

O asemenea regulă ar trebui completată și cu prevederi legale care să instituie o răspunderea exclusivă a autorităților emitente pentru actele administrative pe care acestea le emit ori, după caz, le adoptă sau cel puțin o răspundere comună cu a personalului din subordinea autorității ce are drept sarcină de serviciu pregătirea deciziei. O încărcare excesivă cu răspundere a funcționarilor publici poate afecta buna desfășurare a sarcinilor lor de serviciu, poate face neatractivă funcția publică și pune în pericol interesul cetățeanului destinatar al actului administrativ.

Referințe

Iovănaş I., *Dreptul administrativ şi elemente ale ştiinţei administraţiei*, Editura Didactică și pedagogică, Bucureşti, 1977

Manda C., *Drept administrativ. Tratat elementar,* ed. a III-a, revăzută și adăugită, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2005

Mâță D.C., *Drept administrativ, Vol. II,* ed. a II-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2019

Negru V., *Consideraţii generale privind răspunderea aferentă actelor administrative*, în Revista Română de Ştiinţe Administrative, Vol. I, Nr. 1/2017

Petrescu R.N., *Drept administrativ*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2009

Trăilescu A., *Drept administrativ*, ed. a II-a, Editura All Beck, Bucureşti, 2005

fundamentează din punct de vedere tehnic şi al legalităţii emiterea sau adoptarea lor sau contrasemnează ori avizează, după caz, pentru legalitate aceste acte.

[13] Avem în vedere atât autoritățile administrației publice locale, cât și autoritățile administrației publice centrale.

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-15

Fenomenul aculturației juridice – noțiuni preliminare, limite și implicarea globalizării

The phenomenon of legal acculturation – preliminary notions, limits and involvement of the globalization

Ana-Maria Goldan[1]

Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem[2]

Rezumat: Aculturația juridică presupune o recunoaștere a valorilor, urmată de asimilarea și apoi de transformarea normei juridice, adaptând-o la nevoile societății împrumutătoare. Fenomenul apare ca urmare a contactului direct dintre civilizații și generează modificări reciproce, de ordin legislativ. De asemenea, procesul de aculturație juridică implică și fenomenul globalizării. Putem oare să susținem faptul că, preluarea normelor din legislații extranee poate aduce cu sine și dezavantaje pentru propriul sistem juridic? Imitarea normelor juridice străine poate fi departe de adevăr, așa cum sugera Platon? Prin intermediul acestei lucrări, am examinat definiția și conținutul aculturației juridice. Apoi, am analizat relația dintre globalizare și aculturația juridică, prin utilizare surselor predominant străine. Astfel, am descoperit faptul că, în funcție de intensitatea dialogului dintre civilizații, discutăm despre rezultate variabile, în sistemele juridice ale lumii.

Cuvinte cheie: aculturație; globalizare; imitație; adaptare; asimilare

Abstract: Legal acculturation involves a recognition of values, followed by the assimilation and then transformation of the legal norm, adapting it to the needs of the lending company. The phenomenon occurs as a result of direct contact between civilizations and generates reciprocal changes, of a legislative nature. The process of legal acculturation also involves the phenomenon of globalization. Can we argue that taking over the rules from foreign legislation can also bring disadvantages to one's own legal system? Can imitation of foreign legal norms be far from the truth, as Plato suggested? Through this paper, we examined the definition and content of legal acculturation. Then, we analyzed the relationship between globalization and legal acculturation, using predominantly foreign sources. Thus, we discovered that, depending on the intensity of the dialogue between civilizations, we are talking about variable results in the legal systems of the world.

---

1 Doctor în drept, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, email: anne_marie9128@yahoo.com.

2 „Cunoașterea legilor nu înseamnă cunoașterea cuvintelor, ci intenția și scopul lor". Citatul îi aparține lui Juventus Celsus și îl regăsim în lucrarea lui Justinian, intitulată *Digeste*, 1.3.17.

Keywords: acculturation; globalisation; imitation; adaptation; assimilation

1. Prolegomena

Potrivit fabulei intitulată *Bufonul și țăranul*, scrisă de Esop[3], la un bâlci care se desfășura la țară, s-a prezentat și un bufon. Acesta, prin mișcările sale, dar și prin felul în care imita sunetele și răgetele animalelor, a câștigat repede atenția publicului. La finalul reprezentației, bufonul a imitat sunetul caracteristic porcului atât de bine, astfel încât oamenii au crezut că în spatele său s-ar afla tocmai animalul pe care îl imitase. Deranjat de aplauzele spectatorilor, în fața unui astfel de gest de imitație, un țăran s-a ridicat și le-a transmis acestora faptul că va reveni a doua zi, pentru a le arăta cum se imită sunetul porcului, cu adevărat. Se pare că, oamenii care asistau la acea reprezentație nu au apreciat sunetele auzite și au început să arunce cu diverse lucruri în țăran. Vizibil supărat de atitudinea acestora, țăranul a scos de la piept un purceluș, spunându-le oamenilor: „Voi, netrebnicilor, uitați pe cine ați fluierat!". La finalul acestei fabule există și o morală, care ne transmite nouă, oamenilor de rând faptul că, uneori, imitațiile sunt cele aplaudate și apreciate de public, iar adevărul este cel dezaprobat.

În lucrarea de față ne-am propus realizarea unui exercițiu de gimnastică intelectuală, în urma căruia vom desprinde principalele caracteristici ale fenomenului de aculturație juridică. Pentru a pregăti, într-o manieră eficientă, realizarea primelor deprinderi, am considerat necesară o prefață referitoare la conceptul de imitație. Despre acesta din urmă discută nu doar oamenii de rând, ci și marii filosofi ai tuturor timpurilor. De pildă, Platon, în lucrarea sa *Republica*, realizează o analiză a *mimesis*-ului, prin intermediul artei. În acest sens, Platon vede arta ca pe o adevărată imitație a lumii înconjurătoare, menită să încânte ochiul spectatorului, exploatându-se, astfel, partea lipsită de rațiune a acestuia[4]. Filosoful vede pictura, dar și artele imitative, în general, precum ceva „departe de adevăr, întrucât se asociază acelui ceva din noi, care este departe de judecată, nefiind prietene cu ceea ce este sănătos sau adevărat"[5]. Mai mult decât atât, în *Republica*, regăsim un pasaj în care Platon dorește izgonirea artiștilor din cetate, pentru că actul mimetic deformează adevărul, într-o manieră grosolană[6]. Pentru Platon, artiștii sunt prezumați vinovați în privința imitării, sau mai bine spus a îndepărtării de adevărul ideilor. Totuși, odată cu înaintea sa în vârstă, Platon acceptă existența unui *mimesis* dialectic, prin intermediul operei sale *Sofistul*. Ca atare, ceea ce părea o imposibilitatea în opera *Republica*, devine o oportunitate în cadrul lucrării

---

3 Esop, *Fabule*, Editura Gramar, București, 2012, p. 45.

4 Platon, *Republica*, X, 603a-b.

5 C. F. Moraru, „Genuri ale ființei și categorii mimetice în *Sofistul* lui Platon", în *Studii de teoria categoriilor*, 2010, disponibil la adresa web: http://www.institutuldefilosofie.ro/e107_files/downloads/studii%20de%20teoria%20categoriilor/vol.%2010/cornel-florin%20moraru,%20genuri%20ale%20fiintei%20si%20categorii%20mimetice%20in%20sofistul%20lui%20platon.pdf, accesată online la data de 5.03. 2021.

6 Platon, *op. cit.*, 595a sqq.

Sofistul, filosoful aflându-se într-o ipostază de cotitură a gândirii sale, deoarece acceptă, în sfârșit, ideea existenței unui dialog rațional.

Atitudinea schimbătoare a filosofului a fost dezbătută și în doctrina juridică din România, specialiștii remarcând faptul că, „scriitorul atenian restrânge accepțiunea termenului de *mimesis* de la orice activitate care imită realitatea, la o acțiune de asemănare altuia în vorbă sau în gest”[7]. Deși *mimesis* a fost tradus, de către specialiști, prin termeni precum imitație sau reprezentare, nu trebuie să omitem faptul că, înțelegerea sa antrenează și alte noțiuni. De pildă, pot fi asimilate *mimesis*-ului noțiuni precum simulacru și iluzie[8]. Date fiind aceste sinonime, majoritatea teoreticienilor au îndemnat către precauție, neavând încredere în normele juridice străine. Totuși, îndoiala lor nu a reușit să împiedice, nici măcar pentru moment, procesul de aculturație juridică, deoarece „buna credință nu acceptă ofensa”[9]. Încurajarea fenomenului de aculturație juridică, în ciuda concepțiilor platoniene care vizau *mimesis*-ul, reprezintă o concepție hegeliană. Potrivit lui Hegel, sondarea sistemelor juridice diverse și asumarea lor reprezintă o „înaintare către concret”[10]. Îi dăm dreptate acestuia căci, în prezent, cunoaștem numeroase exemple de aculturație juridică, printre care amintim procesul de integrare europeană, care presupune compatibilitatea normelor autohtone cu cele europene, acceptarea *Drepturilor fundamentale ale omului*, preluarea și adaptarea normelor din *Codul civil napoleonian*, precum și alte situații de acest gen, care au condus către modificări legislative concrete. Referitor la procesul de integrare europeană, trebuie să subliniem faptul că, „armonizarea legislativă europeană nu ar fi fost posibilă fără cunoașterea particularităților fiecărui sistem de drept în parte, respectiv a fiecărei legislații naționale”[11]. De aici, desprindem ideea potrivit căreia, aculturația juridică poate fi realizată cu ajutorul metodei comparative, care implică studierea diverselor legislații, în scopul armonizării acestora.

Dacă ar fi să aplicăm teoriile expuse până acum, conceptului de aculturație juridică, putem oare să susținem faptul că, preluarea normelor din legislații extranee poate aduce cu sine și dezavantaje pentru propriul sistem juridic? Imitarea normelor juridice străine poate fi departe de adevăr? Prin imitarea normelor străine, se va încânta ochiul cetățeanului și se va exploata doar partea lipsită de rațiune a acestuia? Vom afla toate răspunsurile cu ajutorul analizei, întreprinsă în acest sens.

---

7 C.F. Moraru, *art. cit.*, p. 105.

8 W. J. Verdenius, *Mimesis Plato's Doctrine of Artistic Imitation And Its Meaning To Us*, Editura Brill, Leiden, 1962, p. 12.

9 Citatul îi aparține lui Publilius Syrus, scriitor de maxime latine.

10 V. M. Ciucă, *Lecții de drept privat comparat*, vol. I, ed. a II-a, Editura Fundației Axis, Iași, 2005, p. 32.

11 A. Iftimiei, *Drept comparat și sisteme juridice contemporane*, ed. a II-a, Editura Universul juridic, București, 2020, p. 35.

2. Noţiuni preliminare cu privire la conceptul de aculturaţie juridică

Realizând primul salt curajos către conceptul de aculturație, în cadrul acestei secțiuni, vom ilustra posibile definiții, apoi vom extrapola și vom analiza conținutul aculturației juridice. Potrivit doctrinei juridice din România, dialogul dintre civilizații a contribuit, într-o măsură fenomenală, la stabilirea unor legături neîntrerupte dintre acestea, prin influențarea reciprocă[12]. În limbajul obișnuit, potrivit dicționarului Larousse, o „influență" reprezintă o „acțiune, în general continuă, pe care o exercită ceva asupra a altceva sau asupra cuiva"[13]. În dreptul comparat, termenul este folosit în diferite moduri: uneori, termenul „influențe" este utilizat, în general, pentru a desemna orice impact, fără ca autorul să definească limitele și condițiile acestuia[14]. Alteori, termenul se referă la repetări, în sensul componentelor juridice[15]; apoi, termenul mai este folosit și pentru a desemna transplantul juridic, adică un proces de recepție, menit să conducă la evoluția și la schimbarea propriului sistem de drept[16]. De aici desprindem faptul că, rezultatele cercetării diferă, în mod semnificativ, de limitarea sau de extinderea concepției referitoare la noțiunea de influență. În plus, discuția este complexă și datorită relației dintre sociologia dreptului și dreptul comparat: în timp ce doctrina dreptului comparat urmărește să determine factorii din evoluția dreptului, afirmând deseori autonomia discursului juridic, sociologia dreptului ia în considerare toate elementele susceptibile de a influența legea, afirmând chiar că, dreptul reprezintă o oglindă a societății. Nu vom intra în această dezbatere, lansată de cele două discipline, căci rezultatul nu pare a fi productiv. Decât să le considerăm pe aceasta ca fiind exclusiviste, mai degrabă vom spune că ele acoperă realități diverse și că sunt complementare. În concluzie, implicațiile influențelor trebuie evaluate în particular și pentru fiecare perioadă istorică în parte, având în vedere faptul că, numărul factorilor și al motivelor care au determinat primirea unui drept de către altul, va fi mereu în creștere.

În studiul de față, vom pleca de la premisa potrivit căreia fenomenul cunoașterii este generat de sentimentul de curiozitate al persoanelor, întrucât asimilăm, într-o mai mare măsură, ceea ce considerăm relevant pentru activitatea

---

12 V. M. Ciucă, *Lecţii de drept privat comparat*, *op. cit.*, p. 32.

13 A se consulta site-ul https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/influence/42976, accesat online la data de 19. 04. 2021.

14 M. Graziadei, „Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions", în M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 441-475.

15 M. Cappelletti, *New perspectives for a common law of Europe*, Editura Badia Fiesolana, Florența, 1978, pp. 95-109, disponibil la adresa web: https://brill.com/view/title/10096, accesată online la data de 10.05.2021.

16 J. W. Cairns, „Watson, Walton, and the history of legal transplants", în *Georgia Journal of International and Comparative Law*, nr. 41, 2013, pp. 637-696, disponibil la adresa web:, disponibil la adresa web: , disponibil la adresa web: https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=gjiclaccesată online la data de 19.04.2021.

noastră. Curioși din fire, ajungem să cunoaștem diverse habitudini ale străinilor, pe care le asimilăm, grație tendinței de a imita ceea ce considerăm a fi benefic pentru noi, dar și pentru cei din jur. Nu doar oamenii de rând au tendința de a imita, ci și legiuitorul care, analizând diverse sisteme juridice, ajunge la concluzia că ar fi bine să împrumute unele concepte, pentru a îmbunătăți sau pentru a modifica legislația aflată în vigoare. Procesul de imitație implică o legătură socială, căci ceea ce leagă oamenii între ei este ori dogma, ori puterea[17]. Imitația se va exercita nu numai de la o distanță mare, din punct de vedere spațial, ci se va raporta și la intervale mari de timp. Ea va presupune stabilirea unei relații fructuoase între un inventator și un imitator, între Lycurg și legiuitorul francez actual, între pictorul roman, care a realizat o frescă în Pompei și un designer modern inspirat de acesta. Ca atare, imitația se manifestă și din punct de vedere diacronic, nu doar teritorial[18].

În final, îndrăzneala spirituală, curiozitatea, dar și munca de cercetare a unui legiuitor pot conduce către „o exogamie juridică", ce implică descoperirea și asimilarea unor tradiții juridice noi, cu scopul de a obține o îmbunătățire a legilor actuale. Reprezintă un veritabil exemplu, în acest sens, activitatea împăratului Justinian, „cel întors cu fața spre trecut"[19], care nu s-a limitat la recunoașterea meritelor jurisconsulților din perioada clasică, ci le-a readus scrierile, în atenția publicului, prin intermediul operei *Corpus juris civilis.* Ca atare, împăratul Justinian a considerat că, produsul gândirii și al activității jurisconsulților romani, din perioada clasică, nu trebuie să rămână împietrit între hotarele spațiale și temporale, ci trebuie să profite și altor generații, să nu cunoască, deci, nici o graniță.

Aplicând principiul de mai sus contextului juridic actual, considerăm că legile bune trebuie cunoscute și, în măsura în care pot fi asimilate, trebuie implementate în alte state. Acest proces poartă denumirea de aculturație juridică. Fenomenul apare ca urmare a contactului direct dintre civilizații și generează modificări reciproce, de ordin legislativ. Totuși, să nu îl confundăm cu asimilarea, căci aceasta din urmă reprezintă numai o fază a procesului de aculturație juridică[20]. În aceeași măsură, aculturația juridică reprezintă o parte componentă a conceptului extins, intitulat schimbarea culturii. În fine, menționăm despre aculturația juridică faptul că, în etapele sale preliminare, aceasta implică un proces de observare a unor

---

17 G. Tarde, *Les lois de l'immitation*, 1895, p. 29 disponibil în format pdf la adresa web: http://classiques.uqac.ca/classiques/tarde_gabriel/lois_imitation/tarde_lois_imitation.pdf, accesată online la data de 05. 03. 2021.

18 *Idem*, p. 58.

19 V. M. Ciucă, *Drept roman. Lecţiuni*, ed. a II-a, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza", Iași, 2014, p. 70.

20 R. Redfield, R. Linton, M.J. Herskovits, „Memorandum for the study of acculturation", în *American Anthropologist*, 38, 1936, pp. 149–152: „Acculturation comprehends those phenomena which result when groups of individuals having different cultures come into continuous first-hand contact, with subsequent changes in the original culture patterns of either or both groups. . . under this definition, acculturation is to be distinguished from culture change, of which it is but one aspect, and assimilation, which is at times a phase of acculturation(...)".

norme juridice străine din exterior, cu scopul de a identifica o noutate. Ei bine, se pare că tocmai această noutate va trezi dorința de schimbare, aferentă legiuitorului autohton. Ca atare, nu trebuie să confundăm acest fenomen cu aneantizarea factorilor tradiționali dintr-un sistem juridic, ci să considerăm aculturația juridică precum o nouă etapă de imitație a normelor străine considerate bune.

Analizând definiția aculturației juridice de mai sus, putem desprinde conținutul acestui concept. De pildă, o primă caracteristică a fenomenului de aculturație este reprezentată de reciprocitate. Astfel, aculturația reprezintă un proces, care poate aduce schimbări în ambele (sau în toate) legislațiile aflate în contact, mai degrabă decât în rândul legislațiilor dominate. Apoi, fenomenul aculturației juridice presupune adaptarea normelor străine la cultura juridică a locului. După cum oamenii sunt diferiți, așa și dreptul nu poate fi același peste tot, ci legile presupun, înainte de toate, diversitate. Prin urmare, neadaptarea legilor împrumutate la cultura juridică a locului poate avea efecte dezastruoase, precum „ruinarea unui stat întreg”[21]. Ca atare, aculturația juridică presupune o recunoaștere a valorilor, urmată de asimilarea și apoi de transformarea normei juridice, adaptând-o la nevoile societății împrumutătoare[22]. Acest din urmă pas, reprezentat de adaptarea normelor juridice străine la cutumele locale reprezintă, poate, cel mai important aspect în procesul de aculturație juridică. Legiuitorul va ține cont nu doar de reglementările autohtone, ci și de natura oamenilor, precum pictorul care-și va ajusta opera de artă, în funcție de personajul ce-i servește drept muză. Așa ne învață și maestru jurist de origine franceză Jean Carbonnier, potrivit căruia aculturația nu reprezintă „une donnée naturelle”[23].

Au existat, însă, de-a lungul timpului și mișcări de rezistență împotriva asimilării. În acest sens, amintim primul sens al termenului diaspora, care se referă la comunitățile evreiești, deportate de regele Babiloniei Nabucodonosor al II-lea[24]. De peste 2000 de ani, aceste comunități s-au confruntat cu dispersia și discriminarea, însă nu numai că au supraviețuit, ci au cunoscut o revitalizare, un exemplu viu fiind reprezentat de mișcarea sionistă și de independența statului Israel. În acest sens, doctrina juridică din străinătate ne transmite faptul că, trebuie să înțelegem modul în care comunitățile etno-culturale și-au dorit păstrarea moștenirii culturale, nefiind atrase de himere. Deși au interacționat cu alte civilizații și au cunoscut revitalizarea, aceste state și-au păstrat conștiința istorică

---

21 Ph. Malaurie, *Antologia gândirii juridice*, trad. Doina Jela Despois, Editura Humanitas, București, 1996, pp. 94-95.

22 G. Benyahia-Taibi, „La stratégie d'imitation : Une perspective par les compétences”, în *Revue des Sciences de Gestion*, nr. 2, 2010, pp. 93-98.

23 J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Editura P.U.F, Paris, 1978, p. 377.

24 L. Iancu, „By the rivers of Babylon, there we sat down. Distrugerea Ierusalimului, deportarea evreilor și geopolitica Orientului Mijlociu în Antichitate”, disponibil pe site-ul *Historia.ro*, la adresa web: https://www.historia.ro/sectiune/general/articol/by-the-rivers-of-babylon-there-we-sat-down-distrugerea-ierusalimului-deportarea-evreilor-si-geopolitica-orientului-mijlociu-in-antichitate, accesată online la data de 10.03.2021.

și motivația pentru continuitatea etno-culturală[25]. Raportând situațiile *de facto* la domeniul juridic, dar și la scrierile lui Pierre Legrand considerăm că, toate evenimentele au fost posibile, întrucât legiuitorul s-a axat mai degrabă pe forma dreptului, decât pe substanța sa. Cu alte cuvinte, cetățenii unui stat pot fi interesați sau impresionați de o normă străină, indiferent de forma determinată cultural a legilor[26]. Dacă aculturația juridică presupune asimilarea și adaptarea normelor juridice străine, respingerea de către un sistem juridic a unui model intrinsec poate fi denumită „deculturație juridică". Între acești doi poli, mai poate exista o situație intermediară, reprezentată de procesul de „reculturație juridică", adică de recuperarea sau de reintegrarea elementelor unei identități și a unei culturi fie ea pierdută sau înrobită[27]. Aici poate fi menționată situația Magreb-ului, căci acolo a operat o schimbare de ordin cultural între state[28].

3. Globalizarea și aculturația juridică

Dreptul reprezintă, în mod evident, un sistem de reguli matriceale ale societății. Acesta contribuie, într-o mare măsură, la asigurarea bazelor organizării și funcționării oricărei unități sociale, în care sunt stabilite relațiile de autoritate. Ceea ce cunoaștem, grație altor discipline, este faptul că, marile civilizații, din Mesopotamia până în prezent, au cunoscut o formă sau alta de matrice juridică. În istoria dreptului au existat momente în care legea a făcut un pas înapoi, în raport cu evoluția societății și a ideilor. Alteori, însă, dreptul a exercitat o influență predominantă în istorie. În procesul de unificare neîntreruptă a lumii, știința dreptului prezintă multiple răni deschise, căci aceasta necesită cusături periodice, astfel încât să nu fie depășită de evoluția socială. Ca atare, discutăm în prezent despre înflorirea științei dreptului, în funcție de călătoriile oamenilor.

În viziunea maestrului jurist Jean Carbonnier, fenomenul aculturației juridice poate fi parțial sau global. Când ne referim la aculturația juridică parțială, ne gândim la împrumuturile obișnuite, între sistemele juridice[29]. Putem oferi aici, ca exemplu, preluările din dreptul roman cu privire la vârsta necesară căsătoriei existente în *Codul civil francez napoleonian* (12 ani pentru fete, respectiv 14 ani pentru băieți, reprezentând opinia proculienilor, preluată de împăratul Justinian, iar ulterior de împăratul Napoleon). Aculturația globală se referă la modificările de substanță, care se produc în cadrul unui sistem juridic, precum difuzarea dreptului socialist, timp de patru decenii. Observăm faptul că, aculturația juridică nu

---

25 J.W. Berry, „Globalisation and acculturation", în *International Journal of Intercultural Relations*, nr. 32, 2008, pp. 328–336.

26 P. Legrand, *Le droit comparé*, Editura P.U.F., Paris, 2011, pp. 3-33.

27 J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 178.

28 A. André, „Le changement culturel dans le Maghreb indépendant: acculturation ou reculturation?", în *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, nr. 19, 1975. pp. 7-15.

29 J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 370.

reprezintă altceva decât un termen relativ nou, aplicabil unei realităţi juridice timpurii.

O altă clasificare a aculturaţiei juridice, regăsită la maestrul Carbonnier este cea care vizează spontaneitatea. Potrivit acestuia, aculturația juridică poate interveni ca urmare a unui proces de organizare, ori pe neașteptate[30]. Cu titlu de exemplu, vom indica *Constituţia din anul 1864* a domnitorului Alexandru Ioan Cuza, care a fost adoptată ca urmare a unui proces de conștientizare a neajunsurilor, în vederea modernizării statului român. Grație acesteia, țăranii au fost împroprietăriți, nemaifiind supuși boierilor. Apoi, aculturația juridică spontană vizează inițiativele private, iar aici putem oferi ca exemplu modificarea paragrafului 219a din *Strafgesetzbuch*, referitor la avort.

Având în vedere cele menționate anterior, spunem că, în prezent, aculturația juridică reprezintă un proces care implică globalizarea[31]. Afirmăm acest lucru deoarece, odată cu adoptarea *Declaraţiei Universale a Drepturilor Omului* asistăm la un proces de mondializare a dreptului. Potrivit doctrinei juridice din România „este un proces foarte avansat, în cadrul sistemelor naționale, proces accelerat din cauza fenomenului extins al codificării dreptului civil și, totodată, un proces de coagulare a normelor de drept privat într-un nou *jus gentium* sau *jus commune*, necompartimentat, ca noua oglindă a aspirațiilor societăților noastre”[32].

Ca atare, atunci când grupuri de persoane, care provin din medii culturale diferite, se intersectează spunem că ia naștere un proces amplu de aculturație, ce va avea ca efect modificări la nivel psihologic și cultural, în mediile de provenienţă. Globalizarea reprezintă cel de-al doilea proces inițiat, desigur, de contactul dintre civilizații, care produce schimbări de ordin cultural, la nivel comunitar și individual. Fenomenul globalizării impulsionează convergența sistemelor juridice ale lumii, având ca efecte stabilirea unor spații juridice comune, dar și intensificarea cooperării dintre instituții[33]. De aici se nasc două ipoteze, în literatura juridică de specialitate, cu privire la legătura dintre globalizare și aculturație juridică. Prima dintre ele se referă la interacțiunea dintre sistemele juridice ce are ca finalitate modificarea legislației, produsă în rândul popoarelor nedominante. A doua ipoteză vizează rezultatul final, adică pierderea trăsăturilor culturale și absorbția normelor authtone, într-un sistem juridic omogen, care seamănă cu cel al statului dominant[34]. În opinia unor autori, finalitatea acestui proces de lungă durată va consta în crearea unui sistem juridic omogen, care va împărtăși credințe, valori și

30 *Idem.*

31 A. Iftimiei, *op. cit.*, p. 93.

32 V. M. Ciucă, *op. cit.*, p. 48.

33 E. Ciongaru, „Transplantul juridic în contextul globalizării”, în *Impactul transformărilor socio-economice şi tehnologice la nivel national, european si mondial,* nr. 5, 2015, vol. 5, pp. 88-95.

34 J.W. Berry, „Globalisation and acculturation”, în *International Journal of Intercultural Relations,* nr. 32, 2008, p. 328.

preferințe comune[35]. Totuși, dacă avem în vedere concepția renumitului antropolog Claude Lévi Strauss, vom observa faptul că, „putem concepe cu ușurință un moment în care va exista o singură cultură și o civilizație pe întreaga suprafață a pământului, însă nu cred că acest lucru se va întâmpla, deoarece există tendințe contradictorii - pe de o parte spre omogenizare și pe de altă parte către diversitate"[36].

Legătura dintre aculturație și globalizare este subliniată, într-o manieră excelentă, de psihologul canadian J.W. Berry. Potrivit acestuia, globalizarea reprezintă o premisă a aculturației, întrucât ea intervine ca urmare a dialogului dintre civilizații. Globalizarea va conduce către omogenizarea culturilor lumii, prin procedeul denumit asimilare. Totuși, există și posibilitatea ca schimbările să fie reciproce, ceea ce ne indică o oarecare convergență între grupurile aflate în contact. Efectul va consta în creionarea unor norme comune, păstrând în același timp, trăsăturile distinctive. Procesul acesta poartă denumirea de integrare. A treia posibilitate, discutată de autor, vizează respingerea influențelor de către grupurile non-dominante din partea celor dominante, fie prin separare, adică prin îndepărtarea lor de la bun început, fie prin eliminare, după implementarea influențelor, proces denumit revitalizare. În cele din urmă, este posibil ca globalizarea să poată conduce la distrugerea culturilor nedominante, lăsând membrii acestora fără nici o legătură culturală, în care să-și poată desfășura existența, proces denumit marginalizare[37].

În cazul globalizării, spunem că marile state dominante au, evident, un rol important de jucat. Exemplul Uniunii Sovietice ne amintește de influența puternică asupra trăsăturilor culturale ale acelor state, care au devenit în mod formal încorporate sau asociate. Începând de la limba rusă și până la politicile economice, statele au devenit extrem de dominate. Au existat și exemple pozitive, precum Estonia care, aflându-se sub o astfel de influență puternică, a reușit să mențină idealurile și valorile culturale intacte, reprezentând un exemplu elocvent de revitalizare. Un alt exemplu de societate dominantă, din lumea contemporană, este reprezentat de Statele Unite ale Americii. În cadrul dominației globale, putem lua în considerare influența pe care Statele Unite ale Americii o exercită asupra țării vecine, Canada.

4. Concluzii

Dialogul dintre civilizații, precum și schimbul de idei au permis, de cele mai multe ori, uniformizarea și universalizarea noțiunilor juridice. Caracterul universal al dreptului a constituit o premisă pentru desfășurarea fenomenului de aculturație juridică, adică a împrumutului de norme considerate a fi potrivite, dintr-un sistem juridic străin. Împrumutul necesită, în toate cazurile, o adaptare la particularitățile

---

35 D. L. Sam, J. W. Berry, *Cambridge handbook of acculturation psychology*, ed. a II-a, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 28.

36 C. Lévi Strauss, *Myth and meaning*, Editura Routledge& Kegan Paul, Londra, 1978, p. 20.

37 J. W. Berry, *op. cit.*, p. 329.

prezentate de caracterul etnic al fiecărui popor, întrucât dreptul nu a fost și nici nu va putea fi la fel peste tot.

Ca urmare a analizei întreprinse, am constatat faptul că, preluarea normelor din legislații extranee poate aduce cu sine și dezavantaje pentru propriul sistem juridic, întrucât este posibilă distrugerea culturii juridice din statele dominate, ca urmare a neadaptării normelor împrumutate. În același timp, imitarea normelor juridice străine nu poate fi considerată departe de adevăr, așa cum afirma Platon, căci curiozitatea și asimilarea reprezintă niște operațiuni ale spiritului omenesc. Procesul de aculturație juridică aduce beneficii, numai după ce normele străine descoperite vor fi trecute prin filtrul rațiunii, adică vor fi adaptate nevoilor stringente ale societății gazdă.

Prin intermediul acestei lucrări, am examinat definiția și conținutul aculturației juridice. Apoi, am analizat relația dintre globalizare și aculturația juridică, prin utilizare surselor predominant străine. Astfel, am descoperit că, în funcție de intensitatea dialogului dintre civilizații, discutăm despre rezultate variabile, în sistemele juridice ale lumii.

Legat de efectul globalizării, am putea spune că, dreptul național nu va mai fi niciodată la fel, căci schimbarea nu se va limita la noul drept privat comun al popoarelor, ci va fi afectat inclusiv cel național. Astfel, putem afirma, fără teama de a greși, că nici dreptul comparat național nu va mai fi niciodată același, căci propriul sistem de drept începe să arate din ce în ce mai diferit. De pildă, dacă ne referim la cazul României, sistemul nostru juridic și coerența logică a acestuia vor fi puse mereu în legătură cu legile Uniunii Europene. Ca atare, ne confruntăm cu o influență periodică și care nu dă semne de dispariție, deocamdată. Așa cum susținea și Claude Lévi Strauss, ar fi iluzoriu să credem că, într-o zi, toate problemele vor fi soluționate de un cod coerent și universal, întrucât ne caracterizează diversitatea. Totuși, ceea ce se petrece în prezent, ne confirmă faptul că, nu întotdeauna globalizarea este egală cu omogenizarea. Deși acest lucru este constatat de multe ori în literatura de specialitate, totuși, globalizarea nu presupune mereu consecința uniformizării.

Conchidem studiul de față cu un citat din comparatistul Leontin-Jean Constantinesco: „ca produs spiritual al unei realități socio-istorice, dreptul nu-și are originea nici în rațiunea pură, nici în natura umană abstractă. El nu e influențat, în formarea și nașterea sa, de anumite situații și de anumiți factori istorico-politici concreți. Acestora li se adaugă factorii spirituali ce formează scara de valori caracteristică societății în chestiune. Într-adevăr, orice ordine juridică este construită pe o scară de valori explicită sau implicită. Pe de o parte factorii materiali, pe de altă parte factorii spirituali integrați în scara de valori sunt cei care explică obiectivele pe care legiuitorul a vrut să le atingă prin regula de drept stabilită, ca și prin alegerea soluției juridice. Astfel, înțelegerea unei reguli de drept străin nu se deduce la o simplă analiză și înțelegere a regulii de drept pozitive. Într-

adevăr, aceasta trebuie înțeleasă ca rezultatul final al tensiunii și al cooperării anumitor factori materiali, elaborați prin filtrul spiritual al scării de valori”[38].

Referințe

André A., „Le changement culturel dans le Maghreb indépendant: acculturation ou reculturation?”, în *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, nr. 19, 1975, https://doi.org/10.3406/remmm.1975.1311

Benyahia-Taibi G., „La stratégie d'imitation: Une perspective par les compétences”, în *Revue des Sciences de Gestion*, nr. 2, 2010, https://doi.org/10.3917/rsg.242.0093

Berry J.W., „Globalisation and acculturation”, în *International Journal of Intercultural Relations*, nr. 32, 2008, https://doi.org/10.1016/j.ijintrel.2008.04.001

Cairns J. W., „Watson, Walton, and the history of legal transplants”, în *Georgia Journal of International and Comparative Law*, nr. 41, 2013, pp. 637-696

Cappelletti M., *New perspectives for a common law of Europe*, Editura Badia Fiesolana, Florența, 1978

Carbonnier, J., *Sociologie juridique*, Editura P.U.F, Paris, 1978

Ciongaru, E., „Transplantul juridic în contextul globalizării”, în *Impactul transformărilor socio-economice şi tehnologice la nivel național, european si mondial*, nr. 5, 2015, vol. 5

Ciucă V. M., *Drept roman. Lecţiuni*, ed. a II-a, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2014

Ciucă V. M., *Lecții de drept privat comparat*, vol. I, ed. a II-a, Editura Fundației Axis, Iași, 2005

Constantinesco L.J., *Tratat de drept comparat*, vol. II, Editura All Educational, București, 1998

Esop, *Fabule*, Editura Gramar, București, 2012

Graziadei M., „Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions”, în M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0014

Iancu L., „By the rivers of Babylon, there we sat down. Distrugerea Ierusalimului, deportarea evreilor și geopolitica Orientului Mijlociu în Antichitate”

Iftimiei A., *Drept comparat şi sisteme juridice contemporane*, ed. a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2020

Legrand P., *Le droit comparé*, Editura P.U.F., Paris, 2011

Lévi-Strauss C., *Myth and meaning*, Editura Routledge& Kegan Paul, Londra, 1978;

Malaurie Ph., *Antologia gândirii juridice*, trad. Doina Jela Despois, Editura Humanitas, București, 1996

Moraru C. F., „Genuri ale ființei și categorii mimetice în *Sofistul* lui Platon”, în *Studii de teoria categoriilor*, 2010

Platon, *Republica*, trad. Dumitru Vanghelis, Editura Antet, București, 2005

Redfield R., Linton R., Herskovits M.J., „Memorandum for the study of acculturation”, în *American Anthropologist*, 38, 1936, https://doi.org/10.1525/aa.1936.38.1.02a00330

Sam D. L., Berry J. W., *Cambridge handbook of acculturation psychology*, ediția a II-a, Cambridge University Press, Cambridge, 2016

Tarde G., *Les lois de l'immitation*, 1895

Verdenius W. J., *Mimesis Plato's Doctrine Of Artistic Imitation And Its Meaning To Us*, Editura Brill, Leiden, 1962, https://doi.org/10.1017/S0009840X00159633

[38] L.J. Constantinesco, *Tratat de drept comparat*, vol. II, Editura All Educational, București, 1998, p. 250.

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-16

Dimensiunea cibernetică a securității naționale în raport de dreptul european

The Cybernetic Dimension of National Security with Regards to the European Union Law

Ioan Dumitru Apachiței[1]

Rezumat: Dimensiunea securității cibernetice prezintă acea parte componentă a securității naționale care se raportează la oportunitățile, amenințările și mijloacele de apărare ale infrastructurii cibernetice și informațiilor. Globalizarea spațiului cibernetic a trasformat modalitatea prin care înțelegem și reacționăm la potențialele amenințări, poziția geografică ne mai reprezentând din acest punct de vedere un criteriu relevant. Scopul acestei secțiuni este să ofere o perspectivă asupra dimensiunii securității cibernetice în acord cu dreptul intern și european astfel încât să poată constitui o bază de raportare analitică la cadrul legal național și la posibilitățile de îmbunătățire a acestuia. Prezenta analiză a securității cibernetice este structurată în trei părți. Prima parte oferă reperele doctrinare de referință în înțelegerea conceptului și dimensiunilor securității cibernetice, a doua parte trece în revistă principalele strategii europene de asigurare a securității cibernetice, care printr-o analiză compartativă să releve principalele orientări și direcția evoluției la nivelul statelor membre ale Uniunii Europene, atât individual, cât și colectiv, iar cea de a treia secțiune prezintă cadrul legal național, analizat și prin prisma interferențelor legislației europene.

Cuvinte-cheie: securitate cibernetică, strategie de securitate cibernetică, infrastructură critică, securitatea informațiilor

Abstract: The cybersecurity dimension regards that element of the national security which relates to the opportunities, threats and means of defense of the cyber infrastructure and information. The globalization of the cyberspace has shaped the way we understand and react to potential threats, our geographical position being a relevant criterion. The purpose of this section is to provide an insight into the cybersecurity dimension in accordance with the national and the European law so that it could constitute a basis for analytical reporting to the national legal framework and the possibilities of improving it. This cyber security analysis is structured in three parts. The first part provides the doctrinal benchmarks in understanding the concept and dimensions of cybersecurity; in the second part we review the main European strategies for ensuring cybersecurity, which through a comparative analysis should reveal the main orientations and the evolution in the

[1] Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, avocat în cadrul Baroului Iași, email : ioandumitruapachitei@gmail.com.

Member States of the European Union, both individually and collectively; and in the third section we shall focus on the national legal framework, analysed also in the light of the interferences of the European legislation.

Keywords: cybersecurity, cybersecurity strategy, critical infrastructure, information security

1. Preliminarii

Securitatea cibernetică împrumută unele dintre trăsăturile securității naționale, prin raportare la noțiunile de risc, amenințări, vulnerabilități particularizate prin intermediul canalului de transmitere, în fapt efectele atacurilor cibernetice având repercusiuni directe asupra spațiului fizic[2]. Securitatea cibernetică este definită în cuprinsul Strategiei de securitate cibernetică a României ca fiind „starea de normalitate rezultată în urma aplicării unui ansamblu de măsuri proactive și reactive prin care se asigură confidențialitatea, integritatea, disponibilitatea, autenticitatea și nonrepudierea informațiilor în format electronic, a resurselor și serviciilor publice sau private din spațiul cibernetic. Măsurile proactive și reactive pot include: politici, concepte, standarde și ghiduri de securitate, managementul riscului, activități de instruire și conștientizare, implementarea de soluții tehnice de protejare a infrastructurilor cibernetice, managementul identității, managementul consecințelor”[3].

2. Conceptul şi dimensiunile securităţii cibernetice

Conectivitatea la nivel global și apariția spațiului cibernetic[4] a determinat o redefinire a conceptului de securitate națională și o reinterpretare a mecanismului de determinare a provenienței riscului. Într-o lume interconectată și cu o mobilitate crescută o clasificare a surselor de risc în funcție de tiparul clasic de riscuri interne și riscuri externe apare ca fiind perimată[5]. Securitatea națională se califică în prezent ca fiind o stare de încredere din partea publicului că riscurile sunt anticipate, iar evoluția societății este ferită de pericole imprevizibile. S-a arătat că menținerea cu succes a securității naționale este un indicator al faptului că

---

2 D. Panc, *Securitatea cibernetică la nivel naţional şi internaţional. Instrumente normative şi instituţionale*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 9.

3 Definiție preluată *ad literam* și în cuprinsul art. 2 lit. e) din H.G. nr. 494/2011 privind înființarea Centrului Național de Răspuns la Incidente de Securitate Cibernetică CERT-RO, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 388 din 02 iunie 2011.

4 Noțiunea de spațiu spațiu cibernetic (în engleză cyberspace) se consideră că a apărut prima oară în literatura de ficțiune, printre pionierii acesteia numărându-se William Gibson prin nuvela *Burning Chrome* publicată în revista Omni, în anul 1984. În acest sens, a se vedea F. Delerue, *Cyber operations and international law*, Ed. Chambridge University Press, Chambridge, United Kingdom, 2020, p. 10.

5 A se vedea și D.C. Mâță, *Securitatea națională. Concept. Reglementare. Mijloace de ocrotire*, Ed. Hamangiu, București, 2016, pp. 29-30.

națiunea este protejată fără ca drepturile și libertățile să fie erodate[6]. Din cele expuse se poate deduce o simetrie calitativă și cantitativă, astfel încât cu cât avem mai multă siguranță, cu atât drepturile și libertățile sunt mai protejate. Spațiul cibernetic a dus la o redefinire a participanților care pot acționa în sensul protejării sau amenințării securității. Securitatea națională, în sensul său originar, era influențată doar de către state, însă privitor la securitatea cibernetică se constată că pot fi participanți atât persoanele juridice private deținătoare ale sistemului informatic, cât și persoane private, capabile să obțină, să sustragă sau să altereze date informatice[7].

Printre avantajele spațiului cibernetic se numără și confidențialitatea[8], atât a datelor, cât și a utilizatorilor. Cu toate acestea s-a susținut că nici securitatea și nici confidențialitatea nu se pot concretiza în drepturi absolute, în susținerea acestor considerente s-a arătat pe de o parte că și anterior digitalizării anonimatul nu era acceptat, iar pe de altă parte că nu se poate concilia cu actul de justiție și, implicit, cu respectarea legii[9]. O abordare similară o regăsim și în cuprinsul art. 29 paragraful 2 din Declarația Universală a Drepturilor Omului[10], respectiv în art. 10 paragraful 2 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului[11].

---

6 D. Omand, *Understanding Digital Intelligence: A British View* în E. De Silva (coord.), *National Security and Counterintelligence in the Era of Cyber Espionage*, Ed. IGI Global, Hershey, 2016, p. 114.

7 În acest context apare ca fiind depășită concepția neorealistă care își fundamenta existența prin identificarea securității cu autoritatea statală, statul fiind considerat exponentul securității și al autorității, iar securitatea sa coincizând cu cea a cetățenilor. În acest sens, a se vedea K. Krause, M. C. Williams, *Broadening the Agenda of Security Studies: Politics and Methods*, în Mershon International Studies Review, vol. 40, nr. 2/1996, p. 232 și P. Rosenzweig, *Cyber Warfare. How conflicts in cyberspace are challenging America and changing the* word, Ed. Praeger, Santa Barbara, California, 2013, p. 21.

8 Cu titlu de notă informativă precizăm că trebuie realizată o distincție între spațiul virtual public și *Dark Web*, acesta din urmă constituind principalul canal de comunicare în vederea ascuderii infracționalității cibernetice, fie că vorbim de infracțiuni la adresa securității naționale sau orice alt tip de infracționalitate. Principala caracteristică a *Dark Web-ului* este reprezentată de anonimizarea utlilizatorilor prin imposibilitatea detectării adresei IP a site-ului accesat. A se vedea P. L. Dordal, *Dark Web*, în H. Jahankhani (coord.), *Cyber Criminology*, Ed. Springer, Switzerland, 2018, p. 95.

9 D. Omand, *op. cit.*, p. 104.

10 „În exercitarea drepturilor şi libertăţilor sale, fiecare om nu este supus decît numai îngrădirilor stabilite prin lege, exclusiv în scopul de a asigura cuvenita recunoaştere şi respectare a drepturilor şi libertaţilor altora şi ca să fie satisfăcute justele cerinţe ale moralei, ordinii publice şi bunăstării generale într-o societate democratică”.

11 „Exercitarea acestor libertăţi ce comportă îndatoriri şi responsabilităţi poate fi supusă unor formalităţi, condiţii, restrângeri sau sancţiuni prevăzute de lege care, într-o societate democratică, constituie măsuri necesare pentru securitatea naţională, integritatea teritorială sau siguranţa publică, apărarea ordinii şi prevenirea infracţiunilor, protecţia sănătăţii, a moralei, a reputaţiei sau a drepturilor altora, pentru

Digitalizarea a fost înțeleasă de doctrina britanică sub reperele privitoare la etică și drepturilor omului, clasificând-o sub aspectul său juridic în trei structuri referitoare la securitatea cibernetică, acestea privind: asigurarea fiabilității internetului în vederea îndeplinirii obiectivelor economico-sociale, politice sau militare, adaptarea legislației la tipologia faptelor relevante penal săvârșite prin intermediul internetului și activitatea agențiilor de informații în exploatarea canalelor de comunicații cibernetice astfel încât să poată obține informațiile specifice în vederea asigurării securității[12].

Diferențele dintre capabilitățile naționale și relațiile socio-politice determină statele lumii să adopte o poziție diferită față de prioritizarea amenințărilor la adresa securității cibernetice, diferențele de perspectivă putând conduce la abordări diferite ale tehnicilor de apărare cibernetică[13] și implicit la impedimente cu privire la consensualitatea unor acțiuni comune. Armonizarea perspectivelor asupra surselor de pericol reprezintă un prim pas în direcția obținerii unor planuri comune de acțiune[14].

Menținerea securității cibernetice presupune acceptarea ca statele, prin agențiile de informații, să își exercite competențele în acest domeniu, dar cu respectarea condițiilor de necesitate și proporționalitate raportate la ingerințele aduse vieții private a persoanelor. Pornind de la teoriile formulate ca urmare a experienței conflictelor armate, doctrina a fundamentat o serie de condiții bazate pe *jus ad bellum*[15] și *jus in bello*[16] transpuse în perspectiva securității cibernetice. Operațiunile cibernetice ostile pot fi supuse legilor războiului sau dreptului internațional (calificată sub o perspectivă generală a non-intervenției) în funcție de

a împiedica divulgarea informaţiilor confidenţiale sau pentru a garanta autoritatea şi imparţialitatea puterii judecătoreşti".

12 D. Omand, *op. cit.*, p. 99.

13 Apărarea cibernetică a fost înțeleasă a acel complex de mijloace destinate „prevenirii, detectării și oferirii de răspunsuri la timp la atacuri sau amenințări, astfel încât să nu fie afectată nicio infrastructură sau informație", a se vedea D. Galinec, D. Možnik, B. Guberina, *Cybersecurity and cyber defence: national level strategic approach*, în Automatika, vol. 58, nr. 3/2017, p. 274, disponibil pe https://doi.org/10.1080/00051144.2017.1407022, accesat la data de 24 iulie 2020.

14 F. Hare, *The cyber threat to national security: why can't we agree?*, în C. Czosseck & Podins (Eds), *Proceedings of the Conference on Cyber Conflict,* Tallinn, Estonia: CCD COE Publications, 2010, p. 212.

15 Termen ce definește ansamblul condițiilor de a căror îndeplinire este motivată necesitatea intrării într-un conflict armat. O normativizare actuală a *Jus ad bellum* în legislația internațională este dată de dispozițiile art. 2 paragraful 4 și art. 51 din Carta Națiunilor Unite.

16 Noțiune prin care denumește ansamblul reglementărilor ce devin incidente odată cu începerea unui conflict armat. În mod complementar mai arătăm că se consideră că în ipoteza unui război cibernetic statele au posibilitatea (dreptul) de a răspunde prin utilizarea oricăror alte instrumente militare, în acest sens, a se vedea P. Rosenzweig, *op. cit.*, p. 32.

gravitatea atacului exercitat asupra sistemelor informatice[17]. Depășirea acestor inconveniente de ordin juridic se consideră că s-ar putea realiza prin elaborarea unui tratat privind securitatea cibernetică, un astfel de proiect a fost inițiat fără succes în anul 2012 de către Rusia, ulterior acest stat încheind un pact, sub aceeași sferă de incidență, cu Republica Populară Chineză. S-a susținut că în vederea elaborării unui tratat privind spațiul cibernetic poate fi utilizată Convenția din anul 1997 privind armele chimice[18].

Agențiile (serviciile) de informații trebuie să aibă în vedere existența unor motive temeinice corespondente intereselor naționale, este necesar să fie asigurată integritatea informațiilor de la obținere și până la analizarea rezultatelor, astfel încât obținerea informațiilor să fie realizată de către o autoritate competentă din punct de vedere legal și cu posibilitatea de a fi supravegheată[19], să existe un raționament solid al investigației și de selectare a subiecților investigați și, în final, informațiile să nu poată fi obținute pe alte căi oficiale[20].

Includerea securității cibernetice în cadrul mai larg al securității naționale se realizează prin sincronizarea factorilor generatori de amenințare și punctele de vulnerabilitate dintre cele două. Suprapunerea parțială a celor două domenii de securitate ne arată condițiile în funcție de care putem califica o amenințare ca fiind de natură cibernetică și cu potențial de a afecta granițele securității naționale. Sursele de amenințare pot viza atât statul ca entitate de drept internațional, cât și organizații internaționale sau persoane fizice și juridice. Amenințarea poate lua forma spionajului industrial[21], poate viza identitatea personală în vederea săvârșirii

---

17 A se vedea și M.N. Schmitt (general editor), *Tallinn Manual 2.0 on the international law applicable to cyber operations*, Ed. Cambrindge University Press, Cambridge, 2017, pp. 375 – 376.

18 A se vedea și I. Mann, *Towards a Cyber-Security Treaty* (Just Security, 03 august 2016), disponibil pe https://www.justsecurity.org/32268/cyber-security-treaty, accesat la data de 15 iulie 2020. Într-un sens apropiat, se face referire și în cuprinsul Strategidei de securitate cibernetică a Germaniei, document ce afirmă necesitatea existenței unui cod care să stabilească conduita statelor în spațiul cibernetic, a se vedea Strategia de securitate cibernetică a Germaniei, p. 11. Pe de altă parte, prin Strategiei de securitate cibernetică a Uniunii Europene, se stabilește faptul că Uniunea „nu cheamă la crearea de noi instrumente juridice internaționale pentru aspectele cibernetice", caz în care în situația unor conflicte armate în spațiul cibernetic „se vor aplica dreptul umanitar internațional și, după caz, legea drepturilor omului", a se vedea Strategia de securitate cibernetică a Uniunii Europene (2013), p. 17.

19 Supravegherea serviciilor de informații ridică din această perspectivă problema loialității autorității chemate să realizeze supravegherea, aceasta trebuind să ofere suficiente garanții.

20 D. Omand, *op. cit.*, p. 104.

21 Pentru un studiu de caz privitor la sesizarea din anul 2007 a autorităților germane conform căreia aproximativ 40% dintre companiile din această țară au fost victime ale spionajului industrial provenit din Rusia și China a se vedea M.C. Libicki, *Cyberdeterrence and cyberwar*, RAND Corporation, 2009, p. 25, nota 38, disponibil pe https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monographs/2009/RAND_MG877.pdf.

unor fapte relevante din perspectiva securității naționale, în fine, un atac cibernetic poate viza chiar instituțiile statului și forma de organizare a statului[22].

Totodată, includerea securității cibernetice în domeniul mai larg al securității naționale se află în opoziție cu teoriile neorealiste care considerau că securitatea națională poate fi afectată doar prin acțiuni de natură militară îndreptate împotriva statului[23]. În opoziție, exponenții Școlii de la Copenhaga Barry Buzan și Ole Waever au extins conceptul de securitate națională de la contextul militar și politic la cel economic, social, ecologic. În aceste două perspective conceptuale observăm că securitatea cibernetică are o structură complexă căreia îi pot fi asociate atât repere de natură militară[24], politică, cât și economică[25], fapt justificat de digitalizarea tuturor acestor domenii[26]. Mai mult decât atât, unii autori consideră că digitalizarea accelerată în mai toate domeniile determină concomitent și incidența unor potențiale riscuri de natură cibernetică, fapt care se consideră ca va determina ca la un moment dat conceptul de securitate națională să se identifice cu cel de securitate cibernetică[27]. *Cu toate acestea, considerăm că asocierea securității cibernetice, ca ramură a securității naționale, cu domeniul economic trebuie să fie analizată cu prudență pentru că securitatea economică, spionajul cibernetic sau furtul de proprietate intelectuală în scop economic pot avea valențe în sfera securității naționale doar în măsura în care se constituie într-un risc la adresa acesteia*[28].

---

[22] F. Hare, *op. cit.*, p. 213.

[23] S-a mai arătat și faptul că esența neorealismului este reprezentată de respingerea oricăror noi abordări asupra problemelor de securitate, în fapt acceptând un sens restrâns al noțiunii, a se vedea K. Krause, M. C. Williams, *op. cit.*, p. 233. Autorii citați mai arată că ceea ce a condus la abandonarea teoriilor neorealiste sunt problemele legate de degradarea mediului, acestea transced granițele convenționale reprezentând o reală problemă asupra tuturor actorilor statali. Mai menționăm cu această ocazie că o serie dintre elementele caracteristice securității de mediu sunt similare și în cazul securității cibernetice.

[24] Pentru o perspectivă asupra securității cibernetice a forțelor militare aeriene, a se vedea M.C. Libicki, *op. cit.*, p. 6. În doctrină se mai opinează că spațiul cibernetic nu ar trebui să constituie al cincilea domeniu în care se pot exercita operațiuni militare, alături de spațiul terestru, maritim, aerian și extraatmosferic, fiind doar un canal de comunicare digital al celor deja existente, în acest sens, a se vedea F. Delerue, *op. cit.*, p. 12.

[25] Cu toate acestea s-a mai arătat faptul că s-au utilizat argumente privind securitatea națională (în fapt securitatea cibernetică) ca pretext pentru protejarea intereselor comerciale, cel mai elocvent exemplu fiind reprezentat de restricțiile impuse Huawei (China) de către Guvernul Statelor Unite ale Americii. Pentru mai multe detalii, a se vedea Shin-yi Peng, *Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions*, în Journal of International Economic Law, Ed. Oxford University Press, vol. 18, nr. 2/2015, pp. 10-11.

[26] În același sens, a se vedea F. Hare, *op. cit.*, p. 215.

[27] S. Topor, *Education in the cyber security field and implications for national security*, în Annals – Series on Military Sciences, nr. 1/2020, p. 82.

[28] A se vedea și C. Wilson, N. Drumhiller, *US – China Relations: Cyber Espionage and Cultural Bias* în E. De Silva (coord.), *National Security and Counterintelligence in the Era of Cyber Espionage*, Ed. IGI Global, Hershey, 2016, p. 29.

Pornind de la aceste repere literatura de specialitate a identificat o serie de dimensiuni proprii securității cibernetice, prin raportare la sfera factorilor de risc și sfera efectelor asociate; acestea făcând referire la „criminalitatea cibernetică, războiul cibernetic, spionajul cibernetic și terorismul cibernetic”[29].

Mai trebuie realizată o distincție între conceptele de *securitate a informațiilor*, *securitate cibernetică* și noțiunea mai largă a *securității naționale*. Securitatea informațiilor face referire la confidențialitatea datelor, mai mult decât atât, securitatea cibernetică face trimitere la protejarea infrastructurilor critice, iar nu doar acelora privitoare la informațiilor cu caracter privat sau de natură publică, argument pentru care securitatea cibernetică excede securității informațiilor și se include în conceptul de securitate națională[30].

Pe bună dreptate s-a sesizat în doctrină faptul că asistăm la un fenomen de diluare a noțiunii de securitate națională, în general, și a securității cibernetice în special[31]. În opinia noastră este necesară păstrarea caracteristicilor proprii securității cibernetice și raporturilor de incidență cu securitatea națională, altfel spus să existe o corespondență calitativă la factorii de amenințare și la riscurile incidente. Fundamentarea unei astfel de ideei privitoare la o diluare a conceptului de securitate, are la baza o serie de discordanțe ale studiilor de securitate, acestea fiind determinate pe de o parte de faptul că statele, în funcție de agenda politică adoptată la un moment dat, pot avea o percepție diferită asupra amenințărilor, pe de altă parte s-a mai arătat că diversele studii de securitate abordează domeniul dintr-o perspectivă politică proprie statului în care s-au format[32].

Amenințarea cibernetică are capacitatea de a afecta toate nivelurile securității într-un timp foarte scurt, având ca factor favorizant interconectarea structurilor strategice, comerciale, sanitare etc[33]. În cadrul legislativ român amenințarea cibernetică este înțeleasă ca o „circumstanță sau eveniment care constituie un pericol potențial la adresa securității cibernetice”[34]. Amenințările pot proveni din variate surse atât individuale, cât și colective, privite ca grupări de hackeri, grupări teroriste, crima organizată sau state ostile[35]. Se consideră că tehnologiile bazate pe web cunosc o aplicabilitate diversă privitor la planificarea și executarea actelor teroriste, acestea fiind împărțite în cinci categorii: utilizarea internetului în vederea furnizării de informații, finanțarea și obținerea de fonduri, construirea de rețele interconectate între grupările teroriste, recrutarea și

---

29 D. Panc, *op. cit.*, p. 20.

30 Shin-yi Peng, *op. cit.*, p. 34. Arătăm că există și opinii care consideră că securitatea cibernetică se fundamentează pe securitatea informațională, în acest sens, a se vedea D.C. Mâță, *op. cit.*, p. 30.

31 D. C. Mâță, *Cybersecurity – Dimensions of national security*, în Journal of Law and Administrative Sciences, Special Issue, 2015, p. 134.

32 În același sens, a se vedea K. Krause, M. C. Williams, *op. cit.*, p. 245 și 249.

33 F. Hare, *op. cit.*, p. 215.

34 Strategia de securitate cibernetică a României (2013), p. 7.

35 M. E. Hathaway, *Cyber Security. An economic and national security crisis*, în Intelligencer Journal, vol 16, nr. 2/2008, p. 31.

instruirea adepților, obținerea și distribuirea informațiilor[36]. Digitalizarea activităților determină o vulnerabilitate în fața eventualelor atacuri cibernetice, sens în care afectarea sistemului financiar, sistemului medical, sistemului de control al traficului aerian, a sistemului feroviar poate reprezenta o reală amenințare la adresa securității naționale[37].

Potențialitatea unor prejudicii aduse componentelor securității naționale prin utilizarea spațiului cibernetic este una actuală. De exemplu, în anul 2008 utilizarea sistemelor computerizate în vederea transmiterii de e-mail-uri false concomitent cu accesarea sistemelor bancare franceze în vederea depășirii limitelor de tranzacționare, fapt ce a condus la tranzacționarea neautorizată de poziții pe bursă în cuantum de 73 de miliarde de dolari[38]. De referință mai este și cazul Estoniei din 2007 când atacul împotriva sistemelor informatice a avut ca urmare blocarea accesului utilizatorilor la instituții de stat, sisteme bancare rețele de comunucații interinstituționale[39]. Într-o manieră similară poate fi privit și războiul cibernetic[40] dintre Rusia și Georgia din anul 2008, context în care președinta Consiliului Național de Securitate a Georgiei, în cadrul Conferinței GovSec din 2009, a declarat că informaticienii statului atacator sunt asemenea soldaților[41]. Un alt exemplu poate fi reprezentat de atacul din anul 2007 împotriva site-ului Bursei de valori din Londra, fapt ce a cauzat disfuncționalități pentru aproximativ 48 de ore[42].

Pentru ca o acțiune exercitată în spațiul cibernetic să atenteze la securitatea națională, de regulă sunt avute în vedere infrastructurile critice[43], acestea fiind

---

36 S. Virkar, *The mirror has two faces: Terrorist use of the internet and the challenges of Governing Cyberspace*, în E. De Silva, *op. cit.*, p. 10.

37 M. E. Hathaway, *op. cit.*, p. 35.

38 *Idem*, p. 34.

39 În sensul că atacul cibernetic asupra Estoniei din anul 2007 este considerat un act de război, a se vedea M.C. Libicki, *Cyberdeterrence and cyberwar*, RAND Corporation, 2009, p. 179 și M.N. Schmitt (general editor), *Tallinn Manual 2.0, op. cit.*, p. 376. Complementar mai arătăm și faptul că din anul 2014 există un parteneriat între Guvernul Estoniei și NATO, precum și un acord privind securitatea încheiat cu Guvernul Statelor Unite ale Americii în anul 2017, disponibil pe https://www.riigiteataja.ee/aktilisa/2160/6201/7002/Est_USA_agreement.pdf, accesat la 09 iulie 2020.

40 Noțiunea de război cibernetic este privită în literatura de specialitate ca un conflict care tranzitează aceleași paliere ale războiului convențional. Chiar dacă conflictul este purtat prin intermediul spațiului cibernetic, urmările sunt incidente și în spațiul fizic, pentru o serie elocventă de exemple și ipoteze ale urmărilor posibile ale unui război cibernetic, a se vedea P. Rosenzweig, *op. cit.*, pp. 31-34.

41 F. Hare, *op. cit.*, p. 218 și P. Rosenzweig, *op. cit.*, p. 28 și 32. Acest ultim autor citat mai oferă un exemplu privtor la virusul „Gh0stNet", programat să înregistreze datele obținute prin camera video și microfonul computerului, virus ce a infectat calculatoarele a ambasadelor Indiei, Malaeziei, Indoneziei și din sediul central al NATO.

42 M. E. Hathaway, *op. cit.*, p. 35.

43 Noțiunea are o semnificație duală, iar prin referirea la infrastructurile critice înțelegem atât echipamentele fizice utilizate pentru a facilita funcționarea și securitatea societății

reprezentate de serviciile de bază care satisfac o societate și includ resurse, consumabile, bunuri industriale și servicii generale. În literatura de specialitate infrastructurile critice au fost definite ca fiind „coloana vertebrală a socetății”[44]. Relevanța acestora în materia securității cibernetice este dată de repercusiunile potențiale la adresa unui grup de cetățeni sau a întregii societăți. Autorii anterior citați indică cu titlu de exemplu atacul cibernetic care a avut loc în Ucraina în anul 2015 prin care a fost oprită distribuția energiei electrice pentru aproximativ 6 ore, provocând pagube majore la nivelul întregului stat[45]. Având în vedere contextul conflictelor cibernetice internaționale s-a concluzionat că există o cursă a înarmării cibernetice[46].

Distincția dintre atacul cibernetic și spionajul cibernetic privește atât modalitatea de abordare a atacatorului, cât și consecințele și probabilitatea de detectare a acestuia. În cazul atacului cibernetic vorbim despre un atacator și o țintă[47], care spre deosebire de spionajul cibernetic blochează funcționalitatea *sistemului*. Pe de altă parte spionajul cibernetic nu are ca scop alterarea sistemului, ci doar obținerea de date, fapt ce determină o dificultate mai mare în depistarea acestuia[48]. Scopul sionajului cibernetic poate avea două destinații distincte, sub aspectul reprercusiunilor în realitatea fizică, fie în scopul obținerii de informații industriale pentru câștigarea unui avantaj comercial, fie asupra instituțiilor guvernamentale, în vederea obținerii de informații clasificate. Trebuie admis faptul că poate exista și o destinație mixtă între cele amintite anterior[49].

Faptul că guvernele stochează o cantitate mare de informații care mai apoi este transmisă între instituțiile statului sau către alte instituții străine sau persoane private creează premisele ca aceste informații să fie sustrase sau alterate. Un atac de natură cibernetică asupra acestui tip de informații poate determina „destabilizarea economiei, subminarea suveranității și perturbarea serviciilor vitale, constituind astfel o amenințare directă pentru securitatea națională”[50], în fapt devenind o chestiune de politică națională prin prisma implicațiilor generate.

și a economiei, cât și programele informatice prin care infrastructura critică a unui stat devine operațională. În acest sens, a se vedea *Guide to developing a national cybersecurity strategy. Strategic engagement in cibersecurity*, International Telecommunication Union, Geneva, 2018, p. 14, disponibil pe https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/str/D-STR-CYB_GUIDE.01-2018-PDF-E.pdf, accesat la data de 23 iulie 2020.

44 S. Rass, S. Schauer, S. König, Q. Zhu, *Cyber-Security in Critical Infrastructures. A game-theoretic approach*, Ed. Springer, Switzerland, 2020, p. 3.

45 *Idem.*, p. 14.

46 F. Hare, *op. cit.*, p. 212.

47 S-a reținut că atacul cibernetic poate fi asemănat cu un act de război, în acest sens M.C. Libicki, *op. cit.*, p. 23 și 179.

48 Pentru referințe privitoare la confluența dintre spionajul cibernetic și raporturile de drept comercial internațional dintre Statele Unite ale Americii și compania chineză Huawei, a se vedea Shin-yi Peng, *op. cit.*, pp. 3-13 și 37.

49 P. Rosenzweig, *op. cit.*, p. 23.

50 Shin-yi Peng, *op. cit.*, p. 35 și 47.

Apărarea împotriva atacurilor cibernetice poate fi adoptată dintr-o perspectivă individuală sau colectivă, în lipsa unei armonizări asupra perspectivelor referitoare la factorii de risc, statele vor fi nevoite să adopte o strategie individuală de apărare. Cu toate acestea avem în vedere lipsa de relevanță geo-strategică, dat fiind faptul că atacurile cibernetice depășesc granițele convenționale, acesta poat determina o serie de puncte nevralgice la adresa securității de grup, fie că avem în vedere Uniunea Europeană sau NATO. În esență, găsirea unei strategii intermediare între apărarea individuală și cea de grup poate reprezenta atât o variantă de compromis, cât și una eficientă[51].

Asigurarea securității cibernetice depășește granițele convenționale și reprezintă o chestiune aflată pe agenda de securitate a tuturor statelor. În acest context s-a pus problema incidenței dreptului internațional în spațiul cibernetic. Adoptarea la nivelul Națiunilor Unite a două rezoluții[52] privind aplicabilitatea dreptului internațional și a Cartei ONU este de natură să clarifice cadrul juridic aplicabil, însă fără a fi stabilită și o modalitate de aplicare. Sub acest aspect s-a reținut faptul că sunt state care contestă aplicabilitatea dreptului internațional asupra spațiului cibernetic, în special în domeniile de incidență ale cadrului normativ ce reglementează conflictele armate, apărarea și luarea contramăsurilor, aspecte care creează potențialitatea unor riscuri de fragmentare geografică a aplicabilității normelor de drept internațional[53]. În procesul de emulare a dreptului intrnațional pe specificul spațiului cibernetic nu sunt implicați doar actori statali, ci devine un domeniu în care sectorul privat devine unul foarte activ[54], dat fiind faptul că interesele ce țin de asigurarea securității naționale interferează cu interesele economice.

Reglulile de drept internațional pot conferi repere de anticipare a mijloacelor legale de prevenire și soluționare a incidentelor ce ar privi spațiul cibernetic. O opinie doctrinară care pornește de la cauzele *Barcelona Traction*[55] și *Corfu Channel*[56] instrumentate de Curtea Internațională de Justiție relevă faptul că statele sunt responsabile de obligațiile *erga omnes*, implicit și de asigurare a surselor de pericol care ar putea atenta la siguranța altor state, în măsura în care acestea le

---

51 F. Hare, *op. cit.*, p. 223.

52 A se vedea rezoluția A/68/98* din anul 2013, respectiv rezoluția A/70/174 din anul 2015.

53 F. Delerue, *op. cit.*, p. 5 și 14.

54 În acest moment ne rezumăm doar la a da două exemple de propuneri ale Microsoft: setul de norme privind conduita statelor în spațiu cibernetic și normele de conduită pentru comportamentul statelor și industria cibernetică globală, disponibile pe https://www.microsoft.com/en-us/cybersecurity/content-hub/reducing-conflict-in-lnternet-dependent-world și https://www.microsoft.com/en-us/cybersecurity/content-hub/enabling-progress-on-cybersecurity-norms, accesate la 15 iulie 2020.

55 Disponibil pe https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf, accesat la 16 iulie 2020.

56 Disponibil pe https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19491215-JUD-01-00-EN.pdf, accesat la 16 iulie 2020.

sunt cunoscute[57]. Astfel, se realizează o transpunere a principiilor dreptului internațional în vederea identificării unor repre de soliționare a conflictelor în cadrul unui război cibernetic care ar crea posibilitatea tragerii la răspundere a statului sau statelor implicate. Opinie pe care o considerăm relevantă cu atât mai mult în ipoteza infracționalității cibernetice unde securitatea națională a unui stat poate fi amenințată și de persoane private, acestea acționând independent sau la coordonarea unui stat. Astfel, statele au atât o obligație pozitivă de a se asigura că pe teritoriul lor nu există grupări care prin atacuri cibernetice să provoace pagube unui alt stat, cât și o obligație negativă de a se abține ele însele de la a întreprinde astfel de acțiuni.

3. Strategii europene de asigurare a securității cibernetice

Strategia de securitate cibernetică este relevantă în vederea stabilirii cadrului general de acțiune și trebuie să se afle într-o permanentă adaptare atât la ritmul evoluției tehnologice, cât și la natura factorilor generatori de vulnerabilitate. În acest sens, poate cel mai elocvent exemplu în oferă preambului Strategiei de securitate cibernetică franceze care afirmă că ulterior adoprării precedentei Strategii, în anul 2011, rețelele informatice ale ministerelor franceze au fost victime ale atacurilor cibernetice, consecințele fiind reprezentate de sustragerea informațiilor economice, politice și financiare; aceste consecințe au determinat autoritățile publice franceze ca în anul 2015 să elaboreze o nouă Strategie privind securitatea cibernetică[58]. Atât Strategia privind securitatea cibernetică a Franței, Germaniei, cât și cea a Spaniei, aceasta din urmă adoptată de dată recentă, au semnalat necesitatea reajustării obiectivelor de securitate în spațiul cibernetic, demers justificat de schimbările fundamentale pe care tehnologia le provoacă suveranității, conceptului de aplicabilitate normativă teritorială, mijloacelor de schimb monetar.

Un punct de referință în elaborarea strategiilor de securitate cibernetică din statele membre ale Uniunii Europene este reprezentat de Convenția de la Budapesta privind criminalitatea informatică[59] care cuprinde o serie de incriminări și dispoziții privind cooperarea internațională în materia infracțiunilor cibernetice. Ca și consecință, armonizarea și consolidarea bazelor normative și a instrumentelor de cooperare simplificată au devenit priorități cheie ale statelor. Mai mult decât atât, s-a exprimat chiar perspectiva implementării prevederilor din Convenția privind criminalitatea informatică la nivelul ONU[60].

---

[57] D. Delibasis, *Cybersecurity and state responsibility: Identifyng a due diligence standard for prevention of transboundary threats* în J. Kulesza, R. Balleste (editori), *Cybersecurity and human rights in the age of vyberveillance,* Ed. Rowman & Littlefield, Lanham, 2016, pp. 23-24.

[58] Strategia de securitate cibernetică a Franței, 2015, p. 7.

[59] Ratificată de România prin Legea nr. 64 din 24 martie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 343 din 20 aprilie 2004.

[60] Strategia de securitate cibernetică a Germaniei, 2016, p. 10.

În continuarea expunerii inițiale privind reconceptualizarea securității prin distanțarea de teoriile neorealiste, constatăm că strategiile de securitate cibernetică a statelor membre ale Uniunii Europene consacră printre obiectivele asumate importanța protejării persoanelor private de atacurile cibernetice, în deosebi când acestea sunt practicate pe scară largă. Într-o manieră foarte clară, Strategia de securitate cibernetică a Franței reclamă faptul că Agenția Națională de Securitate Cibernetică (ANSSI) este destinată identificării incidentelor de securitate cibernetică ce afectează instituțiile publice, infrastructuri critice, fapt ce o distanțează de atacurile cibernetice îndreptate împotriva persoanelor private. Cu toate acestea, Strategia Franceză semnalează necesitatea ca victimele unor astfel de atacuri să aibă la dispoziție un serviciu public competent; în contextul extinderii rolului rețelelor de socializare și a platformelor digitale, acestea pot fi utilizate în vederea dezinformării, iar o astfel de ipoteză contravine intereselor fundamentale, constituind un atac la securitatea națională[61]. Într-o manieră similară, dar incompletă prin raportare la amplitudinea fenomenului cibernetic asupra persoanelor fizice, Strategia de securitate cibernetică a României se rezumă la a constata faptul că amenințările din spațiul cibernetic pot conduce la „cauzarea unui prejudiciu patrimonial, hărțuirea și șantajul persoanelor fizice și juridice, de drept public și privat".

Stabilirea unei legături între datele personale și securitatea cibernetică, ca partea a securității naționale, necesită identificarea coordonatelor și implicațiilor strategice. Pentru început semnalăm faptul că Strategia privind securitatea cibernetică a României[62] nu cuprinde obiective și direcții de acțiune în privința protejării datelor personale. Pe de altă parte Strategia franceză arată că la baza îmbunătățirii serviciilor publice stă și prelucrarea datelor personale, iar utilizarea rău-intenționată a acestora poate provoca destabilizări economice, propagandă ori inducerea în eroare, considerându-se că aceste amenințări prezintă un potențial risc la adresa securității naționale, date fiind implicațiile sale extinse la nivelul statului.

Asumarea de către România a unei strategii privind securitatea cibernetică are loc în contextul mai larg al dezvoltării tehnologiilor de transmitere a informațiilor la distanță și a pericolelor asociate. Scopul strategiilor de apărare vizează o creștere a nivelului de protecție a infrastructurilor cibernetice[63], iar din perspectiva securității naționale se face referire în special la infrastructurile critice naționale. În mod regretabil Strategia de securitate cibernetică a României a omis

---

[61] Strategia de securitate cibernetică a Franței, 2015, p. 20. În același sens s-a abordat și preambulul Strategiei de securitate cibernetică a Spaniei, 2019, p. 15.

[62] H.G. nr. 271/2013 pentru aprobarea Strategiei de securitate cibernetică a României și a Planului de acțiune la nivel național privind implementarea Sistemului național de securitate cibernetică, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 296 din 23 mai 2013.

[63] În literatura de specialitate se mai uzitează și ideea de scădere a nivelului de vulnerabilitate. În acest sens, a se vedea D. Galinec, D. Možnik, B. Guberina, *op. cit.*, p. 276.

să ofere o definiție noțiunii de „infrastructuri critice" sau să facă trimitere la legislația națională incidentă în materie - H.G. nr. 718/2011 privind aprobarea Strategiei naționale privind protecția infrastructurilor critice - rezumându-se doar la a sublinia importanța acesteia în asigurarea securității cibernetice[64], însă utilizează și definește noțiunea de „infrastructuri cibernetice"[65], fără a preciza dacă există o relație de echivalență între cele două[66]. Spre comparație, Strategia de securitate cibernetică a Germaniei definește infrastructura critică prin acele organizații sau instituții cu importanță majoră pentru bunăstarea publică, a căror disfuncționalități sau deteriorări pot conduce la blocaje, perturbări ale securității publice, fiind considerate ca domenii ce fac parte din categoria infrastructurii critice: energia, transportul, sănătatea, aprovizionarea cu apă și alimente, sectorul financiar, precum și administrația publică[67].

Strategia de securitate cibernetică a României[68] este justificată prin necesitatea combaterii criminalității informatice pe plan național, european și internațional, aceasta are la bază o serie de măsuri destinate creșterii cooperării și coordonării dintre autoritățile competente, elaborarea unui cadru de reglementare coerent și armonizat la nivelul Uniunii Europene și conștientizarea pericolelor și a pagubelor care ar putea surveni în urma criminalității informatice[69].

Scopul vizat prin Strategia de securitate cibernetică a României se constituie pe de o parte în definirea conceptului de securitate cibernetică, iar pe de altă parte în stabilirea obiectivelor și direcțiilor de acțiune care să asigure un spațiu

---

64 Asigurarea securității infrastructurii critice este privită ca una dintre prioritățile de baza ale oricărei strategii de securitate cibernetică, aceasta se asigură prin identificarea riscurilor, stabilirea autorităților competente, fixarea unor standarde minime de siguranță, precum și consolidarea parteneriatelor public-privat. În acest sens, a se vedea *Guide to developing a national cybersecurity strategy. Strategic engagement in cibersecurity*, International Telecommunication Union, Geneva, 2018, p. 14, disponibil pe https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/str/D-STR-CYB_GUIDE.01-2018-PDF-E.pdf, accesat la 23 iulie 2020.

65 Noțiunea de infrastructuri cibernetice este definită prin art. 2 lit. c) din H.G. nr. 494/2011 ca fiind „infrastructuri de tehnologia informației și comunicații, constând în sisteme informatice, aplicații aferente, rețele și servicii de comunicații electronice". Cu toate acestea, actul normativ anterior amintit precizează că termenii și definițiile date sunt proprii acestei hotărâri, argument pentru care nu am putea extinde înțelesul noțiunii de infrastructură cibernetică și la nivelul Strategiei de securitate cibernetică a României.

66 D. Panc, *op. cit.*, p. 180.

67 A se vedea Strategia de securitate cibernetică a Germaniei, 2016, p. 15.

68 Hotărârea nr. 271/2013, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 296 din 23.05.2013.

69 Strategia de securitate cibernetică a Spaniei, 2019, p. 36, a împărțit măsurile de combatere a criminalității informatice în trei domenii: în primul rând, întâlnim o ipoteză în care spațiul cibernetic este ținta atacului cibernetic, o a doua ipoteză vizează spațiul cibernetic din perspectiva unui mijloc prin care se pot săvârși atacurile cibernetice și, în final, o ipoteză care privește spațiul cibernetic ca mijloc direct sau indirect pentru investigarea oricărui tip de comportament ilicit.

virtual sigur, atât sub aspectul capabilității sistemelor de a rezista unor atacuri informatice, cât și sub aspectul oferirii unor garanții de funcționare și confidențialitate.

Obiectivele Strategiei de securitate cibernetică a României vizează îmbunătățirea și completarea cadrului legislativ și instituțional, stabilirea și aplicarea unor standarde minime de securitate, direcțiile de cooperare, îmbunătățirea infrastructurii cibernetice astfel încât să fie capabilă să reziste acțiunilor și evenimentelor cibernetice îndreptate împotriva acesteia[70], valorificarea oportunităților oferite de sapțiul cibernetic[71], îmbunătățirea expertizei asupra riscurilor și mijloacelor de protecție și îmbunătățirea culturii de securitate a populației, participarea la inițiativele de cooperare internațională. Pe bună dreptate, doctrina națională a adus o serie de critici modalității de implementare a obiectivelor enunțate de Strategia de sencuritate cibernetică a României, lipsa prevederii unor termene de implementare și a unei prioritizări în cadrul obiectivelor asumate fiind de natură a creea o stare de incertitudine și neclaritate, sens în care la elaborarea unei noi strategii aceste mențiuni ar putea fi avute în vedere[72].

Printre obiectivele Strategiei de securitate cibernetică a României am amintit și cooperarea dintre mediul privat și insituțiile publice, însă fără a stabili direcții clare de acțiune și de identificare a potențialelor riscuri asociate dependenței statelor de deținerea infrastructurilor cibernetice de către actori privați, chiar localizați în afara teritoriului național sau european. Considerăm că problema trebuie tratată cu multă atenție, dat fiind faptul că are implicații asupra suveranității statelor și strâns legate de securitatea națională a acestora. Pe de altă parte, Strategia de securitate cibernetică franceză identifică o serie de potențiale riscuri pe care le vom expune succint. Dezvoltarea economică se bazează pe utilizarea sistemelor informatice, adesea acestea fiind proiectate și localizate în afara sferei de influență juridică a statelor sau chiar a Uniunii Europene, iar lipsa controlului asupra acestora, complementar cu utilizarea la scară largă determină o problemă de suveranitate. La rezolvarea unui astfel de impediment contribuie

---

70 Din acest punct de vedere Strategia de Securitate cibernetică a României tratează într-o manieră extinsă importanța consolidării rețelelor informatice aflate la dispoziția autorităților publice. Ca repere comparative, considerăm că Strategia de Securitate cibernetică a Franței prezintă o abordare mai pragmatică, sens în care în acord cu Politica de Securitate a sistemelor informaționale de stat (PSSIE) sunt abordate o serie de măsuri destinate securizării comunicării electronice inter-instituționale, considerând că securitatea acestora asigură independența, suveranitatea și autonomia Franței în luarea deciziilor și implementarea măsurilor.

71 Într-o manieră mai concretă Strategia de securitate cibernetică a Austriei din 2013 face referire la digitalizarea administrației publice într-o modalitate care să satisfacă standardele de securitate. Tot o diferență notabilă în categoria obiectivelor asumate este reprezentată de faptul că întreprinderile austriece au îndatorirea de a proteja atât propriile sisteme informatice, cât și datele personale ale clienților. În mod regretabil Strategia privind securitatea cibernetică a României nu face o astfel de diferențiere.

72 D. Panc, *op. cit.*, p. 181.

dezvoltarea și consolidarea unor servicii digitale locale sau/și regionale. O optică similară este adoptată și de Strategia de securitate cibernetică a Uniunii Europene[73]. Se remarcă riscul ca Europa să devindă dependentă de tehnologiile informatice de provinienţă străină, sens în care cercetarea și dezvoltarea tehnologică în interiorul Uniunii Europene, complementar cu stabilirea unor standarde de securitate la nivelul producătorilor și furnizorilor de echipamente și secvicii informatice ar fi de natură să reducă această dependenţă[74].

Amenințările ce vizează securitatea cibernetică a României sunt caracterizate prin asimetrie, dinamică și caracter global, iar din perspectiva provenienței amenințării acestea sunt de natură umană, tehnică sau naturală.

Amenințările se pot concretiza printr-un atac împotriva serviciilor de utilitate publica sau ale societății informaționale, Strategia de securitate cibernetică a României facând, de asemenea, referire și la spionajul cibernetic, accesarea neautorizată a sistemelor informatice în vederea modificării, ștergerii sau deteriorării datelor informatice, precum și la cauzarea de prejudicii patrimoniale ori hărțuirea sau șantajul prin intermediul sistemelor informatice. Prin comparație, Strategia de securitate națională a Spaniei din 2017 stabilește o diferențiere între amenințările cibernetice (cyberthreats) și acțiuni care utilizează spațiul cibernetic ca mijloc pentru înfăptuirea acțiunilor imputabile. Această distincție este preluată și de Strategia de securitate cibernetică adoptată în 2019, iar diferența constă în aceea că amenințările cibernetice afectează în mod direct, depășind granițele convenționale ale statului, toate domeniile securității naționale[75], exemplificate de apărarea națională, securitatea economică, infrastructurile critice, în timp ce acțiunile care utilizează spațiul cibernetic provocând pagube sunt reprezentate de spionajul cibernetic și infracțiunile informatice[76].

Strategia de securitate cibernetică a României propune patru direcții de acțiune, privind: *stabilirea cadrului conceptual, organizatoric şi acţional necesar asigurării securităţii cibernetice*; *dezvoltarea capacităţilor naţionale de management al riscului în domeniul securităţii cibernetice şi de reacţie la incidente cibernetice în baza unui program national*; *promovarea şi consolidarea culturii de securitate în domeniul cybernetic* și *dezvoltarea cooperării internaţionale în domeniul securităţii cibernetice.*

Elaborarea strategiilor de securitate cibernetică trebuie să reflecte prioritățile, disponibilitățile statelor, precum și avantajele specifice statului, acestea

---

73 JOIN(2013) 1 final.

74 A se vedea Strategia de securitate cibernetică a Uniunii Europene, 2013, pp. 13-15.

75 Într-o analiză comparativă s-a arătat că strategiile de securitate cibernetică europene menționează importanța atacurilor cibernetice asupra securității naționale, abia după cele privitoare la securitatea economică și a infrastructurile critice. În acest sens, a se vedea M. Gehem, A. Usanov, E. Frinking, M. Rademaker, *Assessing cyber secyrity. A meta-analysus of threats, trends, and resonses to cyber attacks*, The Hague Centre for Strategic Studies, Haga, 2015, p. 59, disponibil pe https://www.jstor.org/stable/pdf/resrep12567.1.pdf, accesat la 23 iulie 2020.

76 Strategia de securitate cibernetică a Spaniei, 2019, pp. 23-25.

putând varia ca nivel de detaliu[77]. Viziunea statelor transpusă prin strategiile de securitate cibernetică reflectă prioritățile majore ale acestora, care pot varia ca și ierarhizare, abordând problematica infrastructurilor critice, protecția proprietății intelectuale, cooperarea cu mediul privat, reziliența sistemelor informatice din administrația publică. În mod complementar, o strategie națională de securitate cibernetică trebuie să vizeze deopotrivă avantajele și neajunsurile domeniilor cu implicații în securitatea cibernetică, într-o manieră adaptabilă evoluției tehnologice. Nu în ultimul rând, considerăm importantă și tehnica de structurare a strategiei aceasta trebuind să reflecte părțile implicate, formele de cooperare, ariile strategice vizate, respectiv planul de implementare și evaluare. În sensul celor precizate, considerăm că este de referință Strategia de securitate cibernetică a Republicii Croația (2015), document sistematizat în funcție de sectoarele societății, formele de cooperare dintre acestea, zonele de securitate cibernetică, precum și obiectivele specifice fiecărei zone, continuând cu obiectivele generale și specifice legăturilor dintre zonele de securitate cibernetică[78].

Din analiza strategiilor de securitate cibernetică a statelor Uniunii Europene, precum și Strategia de securitate cibernetică a Uniunii Europene, s-a constatat faptul că statele pun accent pe prezervarea securității cibernetice în domeniile strategice, sens în care dacă se face vorbire de statele dezvoltate economic, accentul v-a fi pus pe cooperarea cu mediul privat, securitatea proprietății intelectuale; cum de alt fel, Strategia de securitate cibernetică a Uniunii Europene reclamă importanța cooperării dintre statele membre, dezvoltarea tehnologiilor informaționale proprii și implicațiile instituțiilor comune în asigurarea securității ecosistemului cibernetic intern și extern[79].

La nivelul Uniunii Europene, securitatea cibernetică a pornit ca un interes economic în vederea realizării pieței unice digitale, conducând către o cooperare politică. Începând cu anul 1990 politica de securitate cibernetică a devenit un instrument articulat la nivel european, fenomen favorizat de criminalitatea informatică; fapt ce i-a permis să devină un domeniu prioritar de acțiune[80]. Ulterior, la nivelul Uniunii Europene au apărut o serie de instrumente juridice, acestea treptat au devenit obligatorii pentru statele membre. Strategia de securitate cibernetică are rolul de a crea, la nivelul Uniunii Europene, o coordonare între protecția infrastructurilor critice, combaterea criminalității informatice și apărarea

---

77 D. Galinec, D. Možnik, B. Guberina, *op. cit.*, p. 278.

78 Pentru o prezentare detaliată a Strategiei de securitate cibernetică a Republicii Croația, a se vedea D. Galinec, D. Možnik, B. Guberina, op. cit., pp. 279-283.

79 A se vedea *Guide to developing a national cybersecurity strategy. Strategic engagement in cibersecurity*, International Telecommunication Union, Geneva, 2018, p. 14, disponibil pe https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/str/D-STR-CYB_GUIDE.01-2018-PDF-E.pdf, accesat la 23 iulie 2020.

80 În acest sens, securitatea cibernetică a fost inclusă în *Strategia europeană de securitate* (2016).

cibernetică[81]. Elementul de suport în vederea creșterii gradului de securitate la nivel european este reprezentat de cooperarea instituțională, aceasta privind atât instituțiile și grupurile europene, precum și cooperarea cu mediul privat[82]. Concretizarea acestor obiective s-a realizat cel mai recent prin adoptarea Directivei (UE) 2016/1148, aceasta având ca scop armonizarea capacităților și instrumentelor statelor membre în vederea alinierii la un standard minim de siguranță a mediului privat[83].

4. Evoluţia normativă în cadrul naţional de reglementare. Influenţe ale dreptului european

4.1. Cadrul legislativ național privind protecția infrastructurilor critice

În funcție de dimensiunile securității naționale observăm incidența unor categorii de riscuri particulare care pot sau nu să fie comune mai multor state. Cu cât riscul la care statele se raportează are implicații orizontale mai largi cu atât măsurile destinate protejării securității tind să devină comune. Caracterul integrator al legislației europene a fost facilitat nu doar de obiectivele comune ale statelor membre, ci și de interdependența acestor obiective. Rețelele de comunicații informatice au ca principal avantaj comunicarea rapidă a informațiilor pe distanțe considerabile, excedând granițile statale convenționale, acestea reprezentând un nod informațional de interes, atât la nivel interguvernamental, cât și la nivel privat.

Legislația națională definește noțiunea de infrastructură critică prin intermediul dispozițiilor art. 3 lit. a) și b) din O.U.G. nr. 98/2010[84], textul ordonanței operând o defalcare semantică între infrastructurile critice naționale și europene. Astfel, infrastructura critică națională reprezentă „atât un element, un sistem sau o componentă a acestuia, aflat pe teritoriul național, care este esențial pentru menținerea funcțiilor vitale ale societății, a sănătății, siguranței, securității, bunăstării sociale ori economice a persoanelor și a cărui perturbare sau distrugere ar avea un impact semnificativ la nivel național ca urmare a incapacității de a

---

81 H. Carrapico, A. Barrinha, *The EU as a Coherent (Cyber)Security Actor?*, în JCMS: Journal of Common Market Studies, Vol. 55, nr. 6/2017, pp. 1260, disponibil pe https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/jcms.12575, accesat la 24 iulie 2020.

82 S-a arătat că nivelul de cooperare în mdiul privat variază în funcție de sectorul de activitate, a se vedea H. Carrapico, A. Barrinha, *op. cit.*, p. 1265.

83 *Idem.*, p. 1261.

84 O.U.G. nr. 98 din 03 noiembrie 2010 privind identificarea, desemnarea și protecția infrastructurilor critice, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 757 din 12 noiembrie 2010, act normativ ce reprezintă transpunerea în legislația internă a Directivei 2008/114/CE privind identificarea și desemnarea ifrastructurilor critice europene și evaluarea necesității de îmbunătățire a protecției acestora, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 345 din 23 decembrie 2008. O.U.G. nr. 98/2010 a fost aprobată cu modificări prin Legea nr. 18/2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 183 din 16 martie 2011.

menține respectivele funcții, cât și proiectul unui obiectiv strategic de interes național a cărui construcție este imperios necesară pentru salvgardarea interesului național", pe de altă parte noțiunea de infrastructură critică europeană, pornește de la sensul celei naționale complinindu-i caracterul transnațional condiționat de implicațiile unei *perturbări sau distrugeri care ar avea un impact semnificativ la nivelul a cel puțin două state membre ale Uniunii Europene.*

Relevanța protejării infrastructurilor critice fie ele naționale sau europene rezidă în implicațiile cauzale, acestea privind atât persoanele juridice de drept public, cât și pe cele de drept privat care activează în cadrul serviciilor de interes național, acestea din urmă constituindu-se fie în funcții vitale ale statului, fie în obiective strategice de interes național. Noțiunea de funcții vitale este exemplificată prin „managementul afacerilor guvernamentale; activitățile internaționale; apărarea națională; securitatea internă; funcționarea economiei și a infrastructurii; securitatea veniturilor populației și nivelul de trai", iar cea de obiectiv strategic de interes național prin „element, sistem sau rețea din infrastructura teritorială de orice tip sau de suport tehnic decizional necesar managementului politico-militar al Sistemului securității naționale și menținerii echilibrului societal în ansamblul general al statului român". Complementar, trebuie avut în vedere și faptul că Anexa nr. 1 la OUG nr. 98/2010 exemplifică sectoarele și subsectoarele ce constituie infrastructuri critice, urmând ca în Anexa nr. 2 a aceluiași act normativ să fie indicate criteriile în funcție de care un sector poate fi considerat ca făcând parte din infrastructura critică.

Stabilirea unui sector ca aparținând categoriei infrastructurilor critice naționale sau europene presupune stabilirea unor nivele de gravitate a *impactului, perturbării sau al distrugerii unei infrastructuri*, astfel cum se stabilește prin prevederile art. 9 alin. (4) din O.U.G. nr. 98/2010, dispoziții ce satau la baza H.G. nr. 1154/2011 pentru aprobarea pragurilor critice aferente criteriilor intersectoriale ce fundamentează identificarea potențialelor infrastructuri critice naționale și privind aprobarea Metodologiei pentru aplicarea pragurilor critice aferente criteriilor intersectoriale și stabilirea nivelului de citicitate[85].

Sub aspectul temei analizate este important să revenim asupra stabilirii criteriilor în funcție de care considerăm securitatea cibernetică o dimensiune a securității naționale. În acest moment avem în vedere punctul 6 din Anexa nr. 1 a OUG nr. 98/2010 care identifică securitatea națională ca și infrastructură critică, în cadrul acesteia având în vedere următoarele: apărarea țării, ordinea publică și siguranța națională; frontiere, migrație și azil; industria națională de securitate, capacități și instalații de producție; situații de urgență; justiție și penitenciare. Considerăm această clasificare ca o înțelegere *stricto sensu* a dimensiunii cibernetice în cadrul securității naționale; astfel cum precizam și în secțiunile anterioare, elementele infrastructurii critice pot avea relevanță în materia securității naționale atunci când satisfac condițiile atât sub aspectul naturii amenințărilor, cât și sub aspectul urmărilor relevante.

[85] Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 849 din 30 noiembrie 2011.

În vederea optimizării activităţilor de protejare a infrastructurilor critice funcţionează un grup de lucru interinstituţional stabilit prin H.G. nr. 1110/2010[86]. Grupul de lucru este coordonat de un consilier de stat desemnat de primul-ministru și are printre atribuţii evaluarea riscurilor, ameninţărilor și evoluţiei infrastructurilor critice, formularea de puncte de vedere pentru acte normative incidente, formularea de propuneri privind sistemul de avertizare în domeniul infrastructurii critice etc.

La nivel guvernamental a fost adoptată Strategia națională privind protecția infrastructurilor critice, H.G. nr. 718/2011 reprezintând documentul-cadru care vine să sigure coerența și direcția de implementare a măsurilor destinate protejării infrastructurilor critice. Strategia definește noțiuni ca factori de risc, amenințări, stare de pericol, pe lângă acestea se consideră ca fiind o amenințare la adresa infrastructurii critice și afectarea echipamentelor tehnice privitoare la dimensiunea cibernetică prin „producerea de sincope în funcționarea sistemelor informatizate ale infrastructurilor critice, ca urmare a unor acte criminale, erori sau disfuncții tehnice/umane, dezastre naturale sau deficiențe manageriale". Strategia mai enumeră principiile, scopurile și obiectivele avute în vedere pentru protejarea infrastructurii critice naționale și europene.

4.2. Cadrul legislativ național privind securitatea cibernetică și protejarea rețelelor și sistemelor informatice

Prin adoptarea Strategiei de securitate cibernetică a României s-a asumat responsabilitatea Guvernului în vederea elaborării unui proiect de lege privind securitatea cibernetică, acesta urmând a fi supus aprobării Parlamentului. Un astfel de proiect de lege a dost adoptat de ambele Camere ale Parlamentului[87], în expunerea de motive reținându-se că „prin adoptarea acestui act normativ, România va continua să transmită semnale puternice de racordare la realitățile internaționale, fiind pe deplin conștientă de necesitatea armonizării cu demersurile similare ale statelor europene". Legea a fost trimisă spre promulgare Preşedintelui României, cu toate acestea, în cursul termenului de promulgare, la data de 23 decembrie 2014, a fost sesizată Curtea Constituțională a României (CCR) în vederea efectuării unui control de constituţionalitate *a priori*.

Legea privind securitatea cibernetică avea în vedere, printre altele, instituirea unui cadru legal și instituțional armonizat, totodată instituind o serie de obligații și responsabilități în sarcina celor ce dețin infrastructuri cibernetice, astfel încât să fie asigurate infrastructurile critice. În acest sens, dispozițiile actului normativ amintit indicau destinatarii prevederilor instituite, limitele conceptului de securitate cibernetică, o serie de definiții ale noțiunilor utilizate, constituirea și organizarea Sistemului Național de Securitate Cibernetică (SNSC).

---

[86] H.G. 1110/2010 privind componența, atribuțiile și modul de organizare ale Grupului de lucru interinstituțional pentru protecția infrastructurilor critice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 757 din 12 noiembrie 2010.

[87] Disponibil pe http://www.cdep.ro/pls/proiecte/docs/2014/cd263_14.pdf, accesat la 26 iulie 2020.

Față de aspectele avute în vedere anterior, Curtea și-a fundamentat decizia[88] de admitere a excepției de neconstituționalitate pe o serie de argumente pe care le vom expune succint în cele ce urmează.

La elaborarea proiectului de lege privind securitatea cibernetică a României Guvernul a omis ca în baza dispozițiilor art. 4 lit. d) pct. 1 din Legea nr. 415/2002 să solicite avizul Consiliului Suprem de Apărare a Țării, autoritate competentă să avizeze „proiectele de acte normative inițiate sau emise de Guvern privind securitatea națională", astfel încălcându-se dispozițiile art. 1 alin. (5) din Constituție privitor la principiul legalității, respectiv art. 119 din Constituție care consacră atribuțiile Consiliului Suprem de Apărare a Țării.

Prin dispozițiile art. 10 alin. (1) din Legea privind securitatea cibernetică a României s-a desemnat Serviciul Român de Informații (SRI) ca autoritate națională competentă în domeniul securității cibernetice, urmând ca Centrul Național de Securitate Cibernetică să funcționeze în structura SRI. Față de aceste dispoziții s-a reținută că autoritatea competentă în domeniul securității cibernetice trebuie să fie una civilă, soluție justficată prin prisma faptului că existența competenței în sarcina unei structuri de informații militarizate ar creea premisele unei lipse de proporționalitate și a unor riscuri de depășire a limitelor de ingerință în viața privată. Aceste argumente au fundamentat constatarea încălcării prevederilor constituționale de la art. 1 alin. (3) și (5) privitor la statul de drept și principiul legalității, respectiv art. 26 și art. 28 privind viața intimă, familială și privată, respectiv secretul corespondenței.

O altă problemă de neconstituționalitate a vizat prevederile art. 2 din Lege, acestea indicând destinatarii normei, aceștia fiind deținătorii de infrastructuri critice: proprietari, administratori, operatori sau utilizatori de infrastructuri critice, sub această ultimă categorie fiind incluse toate persoanele care utilizează infrastructuri critice. Față de aceste prevederi sintetice Curtea a stabilit că legea nu are un caracter precis și previzibil, motiv pentru care contravine dispozițiilor art. 1 alin. (5) din Constituție.

Analiza Curții a vizat, de asemenea, și conținutul dispozițiilor art. 17 alin. (1) lit. a) din Legea privind securitatea cibernetică a României, prevederi care enunțau responsabilitățile deținătorilor de infrastructuri critice, printre acestea fiind inclusă și acordarea sprijinului necesar Serviciului Român de Informații, Ministerului Apărării Naționale, Ministerului Afacerilor Interne, Oficiului Registrului Național al Informațiilor Secrete de Stat, Serviciului de Informații Externe, Serviciului de Telecomunicații Speciale, Serviciului de Protecție și Pază, CERT-RO și ANCOM. Curtea realizează o contrapondere între interesele colective și cele personale, statuând că trebuie să existe un just echilibru, precum și garanții care să asigure o protecție eficientă împotriva eventualelor abuzuri. Dat fiind faptul

[88] Decizia Curții Constituționale a României nr. 17 din 21 ianuarie 2015, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 79 din 30 ianuarie 2015.

că dispozițiile legale nu satisfăceau aceste exigențe, s-a reținut încălcarea art. 1 alin. (5), art. 26, art. 28 și art. 53 din Constituție[89].

Prin dispozițiile art. 19 din Legea avută în vedere se menționează că prin hotărâre a Guvernului este aprobat catalogul deținătorilor de infrastructuri cibernetice de interes național (ICIN). Față de acestea, Curtea arată pe de o parte că O.U.G nr. 98/2010 stabilește criteriile intersectoriale de identificare a structurilor infrastructurii critice naționale, iar pe de altă parte că o astfel de modalitate de stabilire nu se poate realiza prin legislația infralegală. Față de aceste argumente s-a reținut că nu sunt respectate cerințele de previzibilitate, stabilitate și certitudine, corespondente art. 1 alin. (5) din Constituție.

Sunt avute în vedere și prevederile art. 20 din lege, acestea stabilind la lit. c) că persoanele juridice de drept public sau privat ce dețin sau au în răspundere infrastructuri critice au obligația de a permite efectuatea de auditări din partea SRI, în materia securității cibernetice. Curtea mai arată că există posibilitatea ca SRI ocupe, în cadrul acestei proceduri, atât calitatea de solicitant, cât și pe cea de instituție responsabilă cu efectuarea auditului. De asemenea, Curtea a analizat și dispozițiile de la lit. h), din cuprinsul aceluiași articol, prevederi care stabilesc *obligația de a notifica imediat, după caz, CNSC, CERT-RO, ANCOM sau autoritățile desemnate*, însă fără a stabili în mod exact condițiile în care se realizează notificarea și conținutul acesteia. Față de aceste inconsecvențe legislative, s-a conchis că sunt încălcate prevederile constituționale ale art. 1 alin. (3) și (5), respectiv art. 26 și art. 28.

În fine, Curtea mai arată faptul că dispozițiile Legii privind securitatea cibernetică a României nu reglementează posibilitatea persoanelor ale căror drepturi, libertăți sau interese legitime au fost încălcate să se adreseze unei instanțe jurecătorești, de asemenea, au mai fost reținute deficiențe de constituționalitate și în raport de stabilirea instituțiilor ce au competențe în monitorizarea și controlul aplicării legii, precum și referirea la instituții și autorități înființate prin acte normative infralegale anterioare. Față de toate aceste considerente, Curtea a stabilit faptul că Legea privind securitatea cibernetică a României este neconstituțională în ansamblul său.

Ulterior pronunțării Deciziei CCR nr. 17/2015 a fost pus în dezbatere un nou proiect de lege care să privească securitatea cibernetică a României[90]. Ulterior, la nivelul Uniunii Europene, a fost adoptată Directiva (UE) 2016/1148 privind măsurile pentru un nivel comun ridicat de securitate a rețelelor și a sistemelor informatice în Uniune[91], transpusă în legislația internă prin Legea nr. 362/2018 privind asigurarea unui nivel comun ridicat de securitate a rețelelor și sistemelor informatice[92].

Directiva (UE) 2016/1148 are scopul de a reglementa la nivelul legislației Uniunii Europene, precum și la nivelul statelor membre măsurile de securitate ale

---

89 A se vedea și D. Panc, *op. cit.*, p. 202.

90 Disponibil pe https://cert.ro/vezi/document/proiect-de-lege-securitate-cibernetica, accesat la 28 iulie 2020. A se vedea și D.C. Mâță, *op. cit.*, p. 42.

91 Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 194/1 din 19 iulie 2016.

92 Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 21 din 09 ianuarie 2019.

rețelelor informatice, în corespondență cu obiectivele NIS stabilite prin Strategia Europeană de securitate cibernetică, acesta fiind considerată „componenta principală a Strategiei de securitate cibernetică a Uniunii Europene”[93]. Justificarea măsurilor impuse rezidă în necesitatea asigurării rețelelor și sistemelor informatice, acestea stând la baza tranzacțiilor naționale și intracomunitare, și în consecință, eventualele atacuri sau disfuncționalități ale rețelelor informatice putând avea repercusiuni transnaționale sau asupra întregii Uniuni Europene[94].

Complementar cadrului legal privind securitatea cibernetică din România, în expunerea de motive a Legii nr. 362/2018 se arată că „nu există prevederi unitare în legislația națională privitor la notificarea în sensul Directivei NIS a incidentelor de securitate a rețelelor și sistemelor informatice”.

Atât directiva, cât și norma națională de transpunere delimitează conținutul acesteia de domeniul mai larg al securității cibernetice, art. 2 alin. (2) din Legea nr. 362/2018 stabilind că prevederile actului normativ nu se aplică în domeniul securității naționale, abordând expres domeniul securității rețelelor și sistemelor informatice. De asemenea, prevederile art. 7 din Directiva NIS impun în sarcina statelor obligația elaborării unei strategii naționale privind securitatea rețelelor și a sistemelor informatice, acestea urmând a fi comunicate Comisiei Europene, cu mențiunea că statele membre au posibilitatea de a nu comunica și acele elemente ale strategiei care au legătură cu securitatea națională.

Conținutul Directivei NIS relevă o abordare pe patru paliere, corespondente capitolelor actului normativ.

Primul palier face referire la cadrele naționale de securitate a rețelelor și a sistemelor informatice. Sunt avute în vedere o serie de obligații instituite în sarcina statelor: elaborarea unei strategii naționale privind securitatea rețelelor informatice, desemnarea unei autorități naționale responsabile cu securitatea rețelelor și sistemelor informatice, respectiv constituirea uneia sau mai multor echipe de intervenție (CERT[95]/CSIRT[96]) care să administreze riscurile și incidentele de securitate a rețelelor informatice. Menționăm că dispozițiile art. 8 Directiva NIS nu menționează calitatea autorității naționale competente în materia asigurării securității rețelelor și sistemelor informatice, însă într-o formă anterioară se preciza necesitatea ca autoritățile naționale să fie civile, iar nu militarizate, aspect care ar conferi independență și garanții ale respectării drepturilor și libertăților cetățenilor, pe un astfel de raționament s-a bazat și Curtea Constituțională în pronunțarea Deciziei nr. 17/2015, la care am făcut trimitere anterior[97]. Cu toate acestea, unele opinii doctrinare și-au exprimat preferința pentru necesitatea instituirii unor autorități civile[98], aspect care s-a și concretizat prin art. 15 alin. (1) din Legea nr. 362/2018 care stabilește că „CERT-RO este autoritate competentă la

[93] D. Panc, *op. cit.*, p. 86.
[94] *Idem.*, p. 85.
[95] Acronim de la *Centrul Național de Răspuns la Incidente de Securitate Cibernetică.*
[96] Acronim de la *Computer Security Incident Response Team.*
[97] A se vedea paragraful 27 din decizia amintită.
[98] A se vedea și D. Panc, *op. cit.*, p. 201.

nivel național pentru securitatea rețelelor și a sistemelor informatice care asigură furnizarea serviciilor esențiale ori furnizează serviciile digitale".

Un al doilea palier privește relațiile de cooperare în vederea asigurării securității rețelelor informatice. Instrumentele de cooperare sunt reprezentate de stabilirea unui grup de cooperare compus din reprezentanți ai statelor membre, respectiv ai Comisiei Europene și ai ENISA, acesta urmând a avea ca scop facilitarea schimbului de informații și creșterea coeziunii dintre statele membre. Având același obiectiv de consolidare a cooperării, se are în vedere constituirea unei rețele CSIRT europene compusă din echipele CSIRT/CERT naționale, la care se alătură Comisia Europeană în calitate de observator și ENISA, asigurând secretariatul rețelei. În final, se are în vedere posibilitatea Uniunii ca în baza art. 218 din TFUE să stabilească acorduri de cooperare și cu state terțe.

Al treilea palier privește asigurarea securității rețelelor și sistemelor informatice deținute de operatorii de servicii informatice esențiale. Demersurile ce trebuiesc efectuate de către state sunt reprezentate de asigurarea existenței unor măsuri tehnice și organizatorice luate de către operatori astfel încât să fie asigurate rețelele, implementarea sistemului de notificare de către operatori spre echipele CSIRT în caz de incidente asupra serviciilor esențiale pe care le furnizează, respectiv existența mijloacelor tehnice și de competență a autorităților naționale chemate să evalueze gradul în care operatorii de servicii esențiale își îndeplinesc obligațiile de asigurare a securității serviciilor furnizate.

Ultimul palier este reprezentate de cerințele de securitate a rețelelor și sistemelor informatice ale furnizorilor de servicii digitale. Directiva pune în sarcina statelor obligația de a se asigura că furnizorii de servicii digitale iau măsurile necesare în vederea gestionării riscurilor de securitate, precum și că aceștia notifică autoritățile sau echipele CSIRT în situația unui incident ce ar putea afecta furnizarea unui serviciu informatic esențial.

Pornind de la conținutul Directivei NIS, legiuitorul național, prin expunerea de motive a Legii nr. 362/2018, abordează sfera de reglementare prin prisma a trei principii: responsabilitate și conștientizare, proporționalitate, respectiv cooperare și coordonare, corespondente palierelor de structurare normativă prezentate anterior.

Autoritatea competentă la nivel național în vederea asigurării respectării nivelului de securitate a rețelelor și sistemelor informatice este CERT-RO, aceasta cooperând cu Serviciul Român de Informații pentru aspectele ce implică securitatea națională, Ministerul Apărării Naționale privitor la aspectele ce presupun apărarea națională, respectiv cu Ministerul Afacerilor Interne, Oficiul Registrului Național al Informațiilor Secrete de Stat, Serviciul de Informații Externe, Serviciul de Telecomunicații Speciale și Serviciul de Protecție și Pază în legătură cu sistemele informatice prin care aceste instituții își desfășoară activitatea sau pe care le au în răspundere. De asemenea, CERT-RO prin personalul de specialitate desemnat de directorul general al Centrului exercită controlul asupra respectării obligațiilor impuse operatorilor de servicii esențiale și furnizorilor de servicii digitale, iar în ipoteza încălcării obligațiilor legale pot aplica sancțiuni contravenționale. Dacă

neregula identificată de personalul de control prezintă un pericol grav și iminent la adresa securității naționale, apărării naționale, ordinii sau sănătății publice, în baza dispozițiilor art. 41 alin. (3) din Legea nr. 362/1018 „CERT-RO va informa organele judiciare și va notifica instituțiile competente din domeniul apărării și securității naționale, ordinii publice sau sănătății publice".

Prevederile Legii nr. 362/2018 mai stabilesc obligația operatorilor și furnizorilor de servicii digitale[99] de a respecta normele tehnice elaborate de CERT-RO în vederea stabilirii unui nivel minim de securitate a rețelelor și sistemelor informatice, precum și obligativitatea notificării autorităților în cazul unor incidente de secutitate.

De asemenea, este reglementat și auditul de securitate, acesta putând fi realizat de persoane fizice sau juridice și presupunând „o evaluare sistematică a tuturor politicilor, procedurilor și măsurilor de protecție implementate la nivelul rețelelor și sistemelor informatice, în vederea identificării disfuncțiilor și vulnerabilităților și a furnizării unor soluții de remediere a acestora". Constatăm o diferență majoră față de ceea ce reprezenta auditul în forma adoptată a Legii privind securitatea cibernetică a României unde se reglementa faptul că auditările trebuiau realizate de Serviciul Român de Informații sau de către furnizori de servicii în materia securității cibernetice, aspecte care au fost abordate în controlul de constituționalitate *a priori* concretizat prin Decizia C.C.R. nr. 17/2015.

O altă deficiență a Legii privind securitatea cibernetică a României a fost reprezentată de lipsa unor prevederi care să asigure cadrul legal persoanelor a căror drepturi, libertăți sau interese legitime au fost vătămate de a se adresa unei instanțe[100] în vederea contestării actelor administrative prin care s-a luat act de neîndeplinirea unor obligații. În această ordine de idei, dispozițiile Legii nr. 362/2018 consacră în cuprinsul art. 24 alin. (1) lit. b), respectiv art. 42 alin. (2) posibilitatea persoanelor care au fost vătămate printr-o decizie a CERT-RO, prin refuzul nejustificat de procesare a unei cereri, respectiv în vederea contestării unei sancțiuni contravenționale de a se adresa instanței de contencios administrativ.

5. Concluzii

Analiza domeniului securității cibernetice reprezintă un demers supus în permanență actualizării, motivat de faptul că dinamica evolutivă a factorilor de risc și a mijloacelor de apărare este în continuă schimbare. În cuprinsul prezentei

[99] Operatorii de servicii esențiale sunt reprezentați de persoane fizice sau juridice de drept public care efectuează activități în: sectorul energetic, transport, sectorul bancar, infrastructuri ale pieței financiare, sectorul sănătății, furnizarea și distribuirea de apă potabilă, respectiv infrastructură digitală. Detalierea pe subsectoare și tipuri de activitate este inclusă în anexa la Legea nr. 362/2018. Constatăm că legiuitorul a avut în vedere criticele de neconstituționalitate pe care s-a bazat Decizia nr. 17/2015 a Curții Constituționale a României (para. 54 - 56), când s-a constatat că Legea privind securitatea cibernetică a României nu stabilea în mod clar și neechivoc categoriile destinatarilor normei.

[100] Aspecte reținute și în cuprinsul paragrafelor 77 – 81 din Decizia CCR nr. 17/2015.

lucrări am avut în vedere prezentarea cadrului general de raportare la securitatea cibernetică în contextul mai larg al securității naționale, continuând cu primul nivel de contextualizare, prin strategiile de securitate cibernetică și finalizând cu legislația-cadru în materie. Prin parcurgerea temei pe cele două planuri ale cadrului normativ european și național am conturat principalele deosebiri și neajunsuri ale prevederilor naționale.

Referințe

Carrapico H., Barrinha A., *The EU as a Coherent (Cyber)Security Actor?*, în JCMS: Journal of Common Market Studies, Vol. 55, nr. 6/2017, https://doi.org/10.1111/jcms.12575

Delerue F., *Cyber operations and international law*, Editura Chambridge University Press, Chambridge, United Kingdom, 2020

Delibasis D., *Cybersecurity and state responsibility: Identifyng a due diligence standard for prevention of transboundary threats* în J. Kulesza, R. Balleste (editori), *Cybersecurity and human rights in the age of vyberveillance,* Editura Rowman & Littlefield, Lanham, 2016

Dordal P.L., *Dark Web*, în H. Jahankhani (coord.), *Cyber Criminology,* Editura Springer, Switzerland, 2018

Galinec D., Možnik D., Guberina B., *Cybersecurity and cyber defence: national level strategic approach*, în Automatika, vol. 58, nr. 3/2017, pp. 273-286, https://doi.org/10.1080/00051144.2017.1407022

Gehem M., Usanov A., Frinking E., Rademaker M., *Assessing cyber secyrity. A meta-analysus of threats, trends, and resonses to cyber attacks*, The Hague Centre for Strategic Studies, Haga, 2015

***, *Guide to developing a national cybersecurity strategy. Strategic engagement in cibersecurity*, International Telecommunication Union, Geneva, 2018

Hare F., *The cyber threat to national security: why can't we agree?*, în C. Czosseck & Podins (Eds), *Proceedings of the Conference on Cyber Conflict,* Tallinn, Estonia: CCD COE Publications, 2010

Hathaway M.E., *Cyber Security. An economic and national security crisis*, în Intelligencer Journal, vol 16, nr. 2/2008, pp. 31-36

Krause K., Williams M.C., *Broadening the Agenda of Security Studies: Politics and Methods*, în Mershon International Studies Review, vol. 40, nr. 2/1996, pp. 229-254, https://doi.org/10.2307/222776

Libicki M.C., *Cyberdeterrence and cyberwar*, Editura RAND Corporation, Santa Monica, 2009

Mann I., *Towards a Cyber-Security Treaty*, Just Security, 2016 [on-line]

Mâță D.C., *Cybersecurity – Dimensions of national security*, în Journal of Law and Administrative Sciences, Special Issue, 2015, pp. 132-142

Mâță D.C., *Securitatea națională. Concept. Reglementare. Mijloace de ocrotire*, Editura Hamangiu, București, 2016

Omand D., *Understanding Digital Intelligence: A British View* în E. De Silva (coord.), *National Security and Counterintelligence in the Era of Cyber Espionage*, Editura IGI Global, Hershey, 2016, pp. 97-121, https://doi.org/10.4018/978-1-4666-9661-7.ch006

Panc D, *Securitatea cibernetică la nivel național și internațional. Instrumente normative și instituționale*, Editura Hamangiu, București, 2017

Peng Shin-yi, *Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions*, în Journal of International Economic Law, Editura Oxford University Press, vol. 18, nr. 2/2015, https://doi.org/10.1093/jiel/jgv025

Rass S., Schauer S., König S., Zhu Q., *Cyber-Security in Critical Infrastructures. A game-theoretic approach*, Editura Springer, Switzerland, 2020, https://doi.org/10.1007/978-3-030-46908-5

Rosenzweig P., *Cyber Warfare. How conflicts in cyberspace are challenging America and changing the* word, Editura Praeger, Santa Barbara, 2013

Schmitt, M.N., *Tallinn Manual 2.0 on the international law applicable to cyber operations*, Editura Cambrindge University Press, Cambridge, 2017, https://doi.org/10.1017/9781316822524

Topor S., *Education in the cyber security field and implications for national security*, în Annals – Series on Military Sciences, nr. 1/2020, pp. 81-98

Virkar S., *The mirror has two faces: Terrorist use of the internet and the challenges of Governing Cyberspace*, în E. De Silva (coord.), *National Security and Counterintelligence in the Era of Cyber Espionage*, Editura IGI Global, Hershey, 2016, pp. 7-27, https://doi.org/10.4018/978-1-4666-9661-7.ch001

Wilson C., Drumhiller N., *US – China Relations: Cyber Espionage and Cultural Bias* în E. De Silva (coord.), *National Security and Counterintelligence in the Era of Cyber Espionage*, Editura IGI Global, Hershey, 2016, pp. 28-46, https://doi.org/10.4018/978-1-4666-9661-7.ch002

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA" DIN IAŞI
TOMUL LXVII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2021
DOI: 10.47743/jss-2021-67-1-17

Digitization of public administration. Romania of the 21st century

Mihai Iftimiei[1]

Abstract: The process of digitization in general, namely digitization of public administration in particular, is one of the priorities of the European Commission, for a few years now, a concrete aspect in the existence of two European strategies for implementing digitalization. The whole process tends to create new concepts, such as e-governance or smart city. In the statistics given to the public by the European Commission (the most recent dating from October 2019), Romania occupies the last place in the degree of implementation of the digitization, paradoxical aspect given the leading position regarding the speed of surfing the internet and the degree of area coverage. The present study proposes to identify the progress that Romania is making in this regard, as we want to identify solutions to accelerate the digitization process in the Romanian public administration.

Keywords: digitization; administration; TIC

The process of digitization in general, respectively of digitization of public administration in particular, is one of the priorities of the European Commission, for several years now, aspect materialized in the existence of two European strategies for implementing digitization.

Information technology has become one of the central elements of managerial reform, and e-government is an essential dimension of governance in a society open to the future and receptive to the challenges of globalization. Information technology has opened up many opportunities to increase managerial efficiency and the quality of public services provided to citizens, has contributed to dramatic changes in politics, in government institutions, in terms of performance management and reduction of bureaucracy[2].

The Digital Agenda for Europe 2020[3] (DAE) is one of the seven flagship initiatives of the Europe 2020 strategy adopted by the Commission and aims to define the key role of catalyst that will have to play the uses of for Technological Information and Communications (TIC) if Europe wants to meet its ambitious 2020 targets.

The Digital Agenda for Europe 2020 has been designed on the following structure:

---

[1] PhD Candidate, Doctoral School of Economics and Business Administration, „Alexandru Ioan Cuza" University of Iași.

[2] V. Stoica, *Electronic Government. Theoretical expectations, methodological dimensions, empirical realities,* Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, 2020, p. 28.

[3] https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/europe-2020-strategy, accessed on 04.10.2020.

Pillar I - Digital Single Market - allows free cross-border access to online services and entertainment.

Pillar II - Interoperability & Standards - allows the integration of devices, applications, data and services needed for cross-border interaction.

Pillar III - Trust and Security - increasing the confidence of Internet users in electronic services and online transactions, in order to stimulate the consumption of TIC services.

Pillar IV - Fast and ultra-fast Internet access - aims to invest in broadband infrastructure in order to benefit from the latest electronic technologies and services.

Pillar V - TIC Research and Innovation - stimulates adequate funding to increase the competitive advantage in the field of ICT.

Pillar VI - Increasing the level of digital literacy, skills and inclusion - builds a bridge to the digital divide for all consumers, so that they benefit equally and fully from the benefits of TIC services.

Pillar VII - The benefits of TIC for EU society - focuses on the capacity of TIC to reduce energy consumption, support the assistance of the elderly, revolutionize health services and provide better public services.

Despite recent remarkable improvements, e-government is still in an emerging stage of implementation, both in developed and developing countries[4].

In the context of the implementation of the Digital Single Market at European level[5], it was necessary to give priority to investments in the field of Information and Communication Technology (TIC) in Romania as well. The association of strategic objectives with specific objectives in the field of TIC leads to the development of the digital economy and the transformations on several levels: legislation, innovation, procedural changes, behavioral changes, etc..

Based on the Digital Agenda for Europe 2020 program, was developed the National Strategy on the Digital Agenda for Romania, this being the reference framework for the development of the digital economy 2014 - 2020.

This strategy highlights 5 common general key objectives that should have been achieved at EU level by 2020:

1. Employment - 75% of people between the ages of 20 and 64 should be employed;
2. Research and Development - 3% of EU GDP to be invested in Research and Development;
3. Climate change and energy sustainability
4. Education - at least 40% of people between 30 and 34 years old to complete the third level of education
5. Combating poverty and social exclusion - with at least 20 million fewer people at or at risk of poverty and social exclusion.

---

4 V. Stoica, *op. cit.*, p. 77.

5 Consulted on the website https://ec.europa.eu/digital-single-market/, on 05.10.2020.

Achieving the 5 common objectives of the Digital Agenda for Europe 2020 required the combined efforts of Member States to achieve them. In this context, Romania had to look at investments in TIC as a way to transform the Romanian economy.

These objectives are considered to be closely linked, mutually supportive and promoted as national objectives for each Member State of the European Union.

Thus, by Decision no. 245 / 07.04.2015, the Government of Romania approved the National Strategy on the Digital Agenda for Romania 2020[6]. Through this strategy, a planning of action lines was made, with the activities to be undertaken in each area. Among them we find the Field of action I - GOVERNANCE, INTEROPERABILITY, CYBER SECURITY, CLOUD COMPUTING, OPEN DATA, BIG DATA AND SOCIAL MEDIA.

The implementation of eGovernment takes into account the following aspects:

1. Public services, the link between them and the dissemination of information necessary to ensure transparency;
2. EGovernment platforms and interfaces;
3. The local and central structures, public and private involved in this process and the collaboration between them;
4. Working procedures for the development of eGovernment solutions and for the management of the subsequent eGovernment activity;
5. Centralized electronic system for unique authentication and identification of users, prepared so as to integrate all the requirements of electronic identification resulting from the implementation of online public services.

Public services, as well as a high degree of their efficiency, lead to a significant impact on the economic and social situation throughout the country. The main stated objective of eGovernment projects is to modernize central and local public administrations in order to provide services to citizens and the business environment in an integrated, transparent and secure way.

The aim is to create a modern public administration, to make it more pro-active, to intensify internal efficiency, to achieve greater transparency, to reduce operational costs, to interact with citizens and to develop new sources of growth.

Four factors are critical to creating a successful foundation for e-government: educated citizens, an adequate technical infrastructure, the provision of e-services that citizens need, and determination by government officials to support the necessary changes with financial resources and political vision[7].

Digitization is one of the major impact factors for increasing the performance in the legal-administrative environment, especially by facilitating and involving the citizen in the specific processes of these fields, the digitalized

[6] Published in the Official Gazette of Romania no. 340 of 19 May 2015, Part I.

[7] Sriramesh, K., Milagros, R.S., *E-government in a corporatist, comunitarian society: the case of Singapore.* New media & society, 8, 707.

democracy representing a real support for the active involvement of the citizen in the democratic process[8].

The eGovernment Strategy in Romania focuses on services that provide elements of Life Events and bring them to level 4 of sophistication. Life events are important steps in the life of a citizen or a business, steps that are usually composed of inter-institutional services that serve a major event of interaction of citizens and the business environment with the Romanian Public Administration[9].

According to the National Reform Program[10], which is a framework platform for defining development priorities that guide Romania's evolution in order to achieve the objectives of the Europe 2020 Strategy, in Chapter 3. ”Policies to respond to economic challenges”, are the directions for action in terms of streamlining the operation of e-government solutions. The aim is to strengthen the institutional capacity of public authorities by developing e-government tools for citizens and the business environment, including by providing a vision on the directions of action in the field of governance.

In order to achieve the objectives in the sphere of the digital transformation of the Romanian society, through Government Decision no. 89/2020[11] was established the Authority for the Digitalization of Romania (“ADR”). The new authority shall assume the role of carrying out and coordinating the implementation of public policies and strategies regarding the digital transformation of public administration.

ADR takes over the Ministry of Communication and Informational Society’s (“MCIS”) prerogatives arising from normative acts related to the field of informational society and information technology, together with the prerogatives of the Authority for the Digitalization Agenda of Romania (“ADAR”)

The Authority for the Digitalization of Romania supports and contributes to the digital transformation of Romania’s economy and society and implements electronic governance with regards to the Romanian public administration.

ADR has extensive prerogatives to achieve its objectives and implement the digital reform, including attributions in the following domains:

- regulation, supervision and control – elaborates and issues opinions on draft normative acts in its field of activity; issues technical standards and regulations; supervises and controls the compliance with the legal framework in its field of activity (further details in section 3 below);

[8] For details see A. Iftimiei, *Consideration on digitalized democracy* in Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași. Seria Științe Juridice, Vol. LXVI/ I, 2020, pp. 363-371.

[9] National Strategy on the Digital Agenda for Romania 2020, published in the Official Gazette of Romania no. 340 bis of May 19, 2015.

[10] Consulted on the website https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2019-european-semester-national-reform-programme-romania_ro.pdf. on 05.10.2020.

[11] Published in the Official Gazette of Romania no. 113 of 2020.02.13, part I.

- strategy and planning – drafts national strategies in the field of digital transformation, automation, robotization and artificial intelligence and coordinates their implementation;
- reporting – publishes annually the Catalog of public services, with the purpose of monitoring the progress of digital transformation of the public administration; issues quarterly the report on digitalization which contains, amongst others, the summary of ADR's activity, up-to-date progress and the level of compliance of public authorities with the legal framework within ADR's field of competence;
- representation and European affairs – coordinates the application of international agreements in the fields of information technology signed by Romania; on the basis of a mandate, approved by the prime-minister, supports Romania's position in the process of negotiation and enactment of European initiatives in the field of digitalization and represents Romania in international cooperation bodies in this field;
- projects and technical assistance – advises, initiates and ensures the financing of programs and projects in the field of digital transformation; supports entities with powers in the field of public procurement in the elaboration of technical solutions with regards to information technology projects; advises in the process of analyzation of operational flows.

ADR's powers include supervision and control of compliance with the laws and regulations regarding the technology field, including the legal framework that regulates the usage of technology solutions in important sectors of the economy, as follows:

- electronic signature and provision of trust services – exercises supervisory powers over qualified trust service providers established on Romanian territory, in accordance with eIDAS[1] Regulation, as well as those of the regulatory and supervisory authority in the fields of electronic signature, time stamps and electronic archiving of documents;
- electronic commerce - supervises and controls compliance with the legal provisions in the field of electronic commerce, including those concerning the registration of commercial transactions by electronic means;
- consumer protection – exercises the capacity of competent authority for the implementation of Regulation (EU) 2017/2394[2] on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws, having powers such as: access to any documents, data or information for the application of Regulation (EU) 2017/2394; can impose on any natural or legal person whether public or private, the obligation to make available any information in order to establish whether or not an infringement sanctioned by Regulation (EU) 2017/2394 has occurred; performs on-the-spot inspections, can enter any premises, on any land or in any means of transportation used by the inspected entity to carry out its

activity, in order to examine, confiscate or obtain copies of the information, data or of documents required for the inspection;

- financial services - approves payment instruments with remote access, such as internet banking, home-banking, phone-banking or mobile-banking;
- alternative transport services – approves or authorizes, amongst others, the online alternative transport platforms;
- cross-border portability of online content services – coordinates the application of Regulation (EU) 2017/1128[3] on cross-border portability of online content services in the internal market;
- registry of ".ro" domains - regulates the operation of the register for the ".ro" domain name;

In order to support digitalization programs and strategies, ADR will cooperate with the private sector in order to consult on areas of common interest.

The Romanian Digitalization Authority, in partnership with the General Secretariat of the Government, is implementing the project "Establishing the framework for the development of e-government tools (EGOV)"[12].

The project aims to:

1. reduce the fragmentation and grouping of electronic public services in the form of the concept of life events, according to the objectives established in the Digital Agenda for Romania;

2. ensure the legislative, institutional, procedural and operational framework for the use of e-government tools.

In order to meet the objectives of the project, the following documents were developed: Analysis report of the normative acts; Analysis of the operational, procedural and information framework (IT infrastructure) that supports electronic public services; Study on the clarification of the roles, attributions and responsibilities at the level of public administration in the field of information system associated with life events from the perspective of possible overlapping roles and attributions between institutions; Study of the existing situation regarding the specific field of e-government which will target institutions, legislation, processes, working tools, procedures and which will be used as a basis for future activities for electronic public services.

The needs for legislative, operational, procedural, informational and human capacity development were also identified through a review of international models of good practice regarding the framework and procedures specific to the institutions responsible for the identified life events.

A high degree of performance in public services can be obtained only if the citizen becomes the center of gravity of the fulfillment of public services,

[12] Consulted on the website https://www.adr.gov.ro/stabilirea-cadrului-de-dezvoltare-a-instrumentelor-de-e-guvernare-egov/ on 08.10.2020.

meaning that "the assimilation of the Internet and the mobile phone in the reform of public services is a mandatory condition"[13].

The concept of *smart city* is becoming more and more present in everyday life. One such example is the city of Nice in France, where innovative management has been implemented based on Internet of Things projects (eg the provision of data on the occupancy of car parks in the city), which has resulted in improved life of citizens, a mode of administration that has come to be recommended with the title of good practices[14].

With all the efforts made, a report from 2018[15] provides statistical data that we would categorize as worrying regarding the degree of implementation of digitalization in the Romanian governance, respectively: Romania is on the last places in the international rankings (even on the last place among the member states of the European Union), the countries in the first places since the implementation of e-governance since the 1990s. Among the main factors underlying this is on the one hand the lack of a stable and predictable legislative framework, and on the other hand we consider that there is a lack of good officials prepared and stimulated for the exclusive application of digital measures.

Also, according to the 2020 Country Report on the Digital Economy and Society Index (DESI)[16] of the European Commission, Romania ranks 27th out of the 28 EU member states. The index monitors global digital performance in Europe and tracks the progress made by EU countries in terms of digital competitiveness, with 5 main criteria: Connectivity, Human Capital, Use of the Internet, Integration of digital technologies, digital public services. In first place is Denmark, with an aggregate score of 70.68%, the EU average is 52.25%, and Romania has an aggregate score of 33.21%.

The conclusions of this report show that the IT system of the national administration is fragmented, which is an administrative burden for citizens and businesses. In general, the level of interoperability between public administration services is low, as each public institution has focused on its own digital public service. Therefore, it is not clear to what extent the information transmitted is subsequently reused by the other institutions.

---

[13] M. Shareef ș.a., *„Public service reformation: Relationship building by mobile technology”*, International Journal of Information Management, 49, 2019, pp. 217-227.

[14] D. Grimaldi, V. Fernandez, *„Performance of an internet of things project in the public sector: The case of Nice smart city”*, Journal of High Technology Management Research, 30, 2019, pp. 27-39.

[15] Pricewaterhous e coopers Management Consultants SRL, Study on the implementation of digital governance in Romania, September 2018, www.pwc.com, consulted on 10.10 2020.

[16] Consulted on the website https://ec.europa.eu/romania/news/20190611_Romania_penultimul_loc_UE_DESI_ro, on 09.10.2020.

Given the good practices followed by other countries and the successful implementation of digital initiatives, the following measures can be considered a priority[17]:

- Designation of a government institution responsible for implementing the digital strategy;
- Amend the law on electronic signatures so that all types of signatures (electronic signatures, advanced electronic signatures and qualified electronic signatures) are recognized, thus facilitating the exchange of information and documents between citizens, the business environment and government institutions;
- Conventions concluded between representatives of the business environment and public institutions to optimize the transmission of information (eg improving the agreement with ANAF to allow digital signature, development of a system for electronic processing of seizures, etc.);
- E-tax: implementation of solutions for accessing, submitting and editing various forms and information related to the payment of taxes;
- Extending the functionalities of the online public procurement portal (SEAP), so that all activities are included (bidding, deliverables, invoicing, archiving, etc.);
- Development of an online portal for the registration of companies and extension of the functionalities of the Trade Register.

Regarding this last point, it should be mentioned that the Ministry of Justice and the National Office of the Trade Register started, on June 22, 2020, the consultations for the revision of the legislation in order to simplify and digitize the procedures for setting up a company.[18] On this occasion, 30 proposals were presented by the Ministry of Justice and ONRC for the revision of the legislation in order to simplify and digitize the procedures for setting up a company, including[19]: adoption, as a final solution, of the temporary measure provided in art. 27 of GEO no. 70/2020[20], in the sense that the declarations on own responsibility

[17] Pricewaterhouse Coopers Management Consultants SRL, *Study on the implementation of digital governance in Romania*, September 2018, www.pwc.com, consulted on 10.10 2020.

[18] According to a communiqué consulted at the website address http://www.just.ro/olivia-diana-morar-secretar-de-stat-in-ministerul-justitiei-actionam-pentru-ca-investitorii-sa-poata-infiinta-o-firma-cu-buletinul-si-actul-constitutiv-cat-mai-repede/ on 10.10.2020.

[19] http://www.just.ro/wp-content/uploads/2020/06/procedura-simplificare-ONRC-MJ-4-1-vz-002.pdf consulted on 12.10.2020.

[20] Emergency Ordinance no 70/2020 on the regulation of certain measures, starting with May 15, 2020, in the context of the epidemiological situation determined by the spread of the SARS-CoV-2 coronavirus, for the extension of some terms, for the amendment and completion of Law no. 227/2015 regarding the Fiscal Code, of the National

annexed to the application for registration / other applications may be in the form of a private signature or in electronic form and may be transmitted to the trade register office, in original, by electronic means, with electronic signature or by postal and courier services; regulating the possibility that the registration certificate provided in art. 8 of Law no. 359/2004[21], with subsequent amendments and completions, to be issued in electronic form; approval of the model and security features of the electronic registration certificate.

One of the recent government initiatives concerns the creation of GovITHub which is a government program developed together with the private sector and the business environment, in order to increase the quality of public services through technology[22]. Together with public administration representatives, GovITHub members develop open source IT projects and online public service platforms for citizens, in order to transparently improve and digitize the Romanian public administration.

According to the National Reform Program 2020[23], in order to increase the use of e-government systems, projects have been implemented according to the contracts signed for this purpose:

- Big Data section - of the three approved projects, the SII ANALYTICS project - IT system for integration and operational and analytical capitalization of large data volumes has been completed, and the other two are in the implementation phase: the project Improving data processing capacity and increasing ONRC's reporting performance through Big Data architectures and technologies (declared implementation stage: 44.92% - ongoing contract for the main IT system); the project Optimizing the interaction with the business environment and implementing advanced mechanisms of analysis and data exchange by implementing a Big Data e-government and analysis IT system within the Competition Council (implementation stage -37%).
- the Government Cloudcomputing section and social networks in public institutions - the project is expected to be submitted, by August 28, 2020, for the National Government Cloud Platform. The project will provide public institutions with the technological resources to deliver electronic public services, allowing easy implementation of interoperable, uniform, secure IT systems with low costs and implementation times.
- e-government and interoperability section - three projects are being implemented. At the level of the Ministry of Administration and Interior, two

Education Law no. 1/2011, as well as other normative acts, published in the Official Gazette no 394 of 14.05.2020.

[21] Law no 359/2004 on the simplification of formalities for the registration in the trade register of natural persons, family associations and legal entities, their fiscal registration, as well as for the authorization of the functioning of legal entities published in the Official Gazette no 839 of 19.09.2004.

[22] http://ithub.gov.ro consulted on 12.10.2020.

[23] Consulted on the website https://sgg.gov.ro/new/wp-content/uploads/ 2020/05/ ANEXA-5.pdf on 12.10.2020.

projects: Service Hub (center for providing electronic services), launched on July 11, 2019, which aims to computerize services that affect the following life events for citizens and business: obtaining the book identity; obtaining a passport; obtaining a driving license; vehicle registration; Integrated Information System for Issuing Civil Status Documents - SIIEASC (stage in implementation - 40%) and at MTIC level, the project Technological interoperability system with EU member states SITUE, started on May 29, 2018, aims to achieve the technological interoperability system with EU member states. It will be based on the construction of the eIDAS node for Romania and will interconnect with the eIDAS nodes of the other member states and with the providers of identity and electronic services in Romania.

– Section E-Government and Open Data - of the five projects submitted, four are under implementation: the Ministry ui Labor and Social Security - National Management System Project on Disability , p the Draft Information System national adoption - SINA; the M MINISTRY OF doings E xterne - projects Integrated IT system for issuing and managing electronic passport, diplomatic passport and service and securities travel offices consular posts (ePass) and Integrated alerting personalized and constant updating of indicators risk to citizens' travel destinations ; the Ministry ui Transport, Infrastructure and Communications - Software Platform project centralized digital identification (PSCID) is under contract.
– section E-government and life events - continues the implementation of the project Integrated electronic system of the National Office of the Trade Register consolidated and interoperable for e-government services focused on life events, started on April 4, 2019 (the declared stage is 39%, the procurement procedure for the main IT system implementation services is in progress).

Improving transparency and the public procurement system has remained a priority objective , and several steps have been taken in this regard. Increasing transparency and its effectiveness remain the main objectives in the attention of the authorities with responsibilities in the field. At this time, almost all procedures for awarding works / services / supply contracts are carried out electronically, through The Electronic System for Public Procurement (SEAP), the online platform where contract notices are published and through which most of public procurement procedures are organized, therefore a digitized process to ensure transparency and legality.

In order to streamline the ex-ante control, GEO no. 98/2017 on the ex ante control function of the process of awarding public procurement contracts / framework agreements, sectoral contracts / framework agreements and works concession and service concession contracts[24] was amended by GEO no. 23/2020 on amending and supplementing some normative acts with impact on the public procurement system[25], with the consequence of implementing new facilities for the

[24] Published in the Official Gazette of Romania no. 1004 of 18.12.2017.
[25] Published in the Official Gazette of Romania no. 106 of 12.12.2020.

management of the national public procurement system through SEAP, respectively: digitization of *ex ante* control by introducing the electronic signature; facilitating the access in SEAP to the documents of the procurement procedure for the personnel performing the ex-ante control; The National Appeals Resolution Council and the courts will be able to directly access the procurement documents in the SEAP based on the electronic signature.

Conclusions

Although there has been an evolution in the use of governance tools in recent years, their functional implementation needs a boost, as is clear from various international rankings that use clear criteria for assessing the maturity of this area.

The low degree of adherence of public institutions and authorities to national / horizontal e-government instruments contributes to maintaining the situation in which they continue to develop ad-hoc IT systems, focused on internal needs. Thus, the stage of e-government in Romania is affected by a high degree of fragmentation or heterogeneity of electronic public services that have been developed over time by various public institutions and authorities.

It is also clear that a comprehensive assessment of the extent to which public institutions have electronic platforms open to interaction with beneficiaries cannot be made.

The progress of recent years in the field has focused on the digitization of electronic public services associated with life events established in SNADR 2020, along with various other initiatives for the development of such services on their own by several local public authorities. Also, the absence of firm legal obligations for the development of electronic public services has led to the situation in which public institutions and authorities develop these services at different rates, the legislation accurately reflecting the different maturity of their digitization.

We can say that one of the problems to be found regarding e-government is the insufficient development in Romania of electronic public services. This problem, which affects the entire population of the country, both public and private, positions the country, despite the developments, still at the bottom of the list of international rankings relevant to the field.

References:

Grimaldi D., V. Fernandez V., *„Performance of an internet of things project in the public sector: The case of Nice smart city"*, Journal of High Technology Management Research, 30.

Iftimiei A., *Consideration on digitalized democracy* in Analele Ştiinţifice ale Universităţii „Alexandru Ioan Cuza" din Iaşi. Seria Ştiinţe Juridice, vol. LXVI/ I, 2020, pp. 363-371.

National Reform Program 2019, [on-line]

National Reform Program 2020, [on-line]

National Strategy on the Digital Agenda for Romania 2020, published in the Official Gazette of Romania no. 340 bis of May 19, 2015

Pricewaterhous e coopers Management Consultants SRL, Study on the implementation of digital governance in Romania, September 2018, [on-line]

Report on the Digital Economy and Society Index (DESI), 2019, [on-line]

Shareef M. ș.a., *„Public service reformation: Relationship building by mobile technology”*, International Journal of Information Management, 2019, 49: 217-227, https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2019.03.007

Sriramesh K.,, Milagros R. S.,, *E-government in a corporatist, comunitarian society: the case of Singapore. New media & society*, 1/2006, https://doi.org/10.1177/1461444806065661

Stoica V., *Electronic Government. Theoretical expectations, methodological dimensions, empirical realities*, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași, 2020