
LAW AND ADMINISTRATIVE SCIENCES

SCIENTIFIC COMMITTEE

Victor BABIUC (*Bucharest – Romania*)

Anthony GORDON (*Belfast – Ireland*)

Ernest LUPAN (*Cluj-Napoca – Romania*)

Gheorghe MIHAI (*Timisoara – Romania*)

Mircea Ştefan MINEA (*Cluj-Napoca – Romania*)

Rodica Narcisa PETRESCU (*Cluj-Napoca – Romania*)

Andrei SMOCHINĂ (*Chisinau – Moldavia*)

Spyridon VLACHOPOULOS (*Athens – Greece*)

LAW AND ADMINISTRATIVE SCIENCES

A NEW VISION ON THE CIVIL LIABILITY IN THE LIGHT OF THE DIRECTIVES OF EUROPEAN COMMUNITY COUNCIL NO. 374 OF THE 25TH OF JULY 1985 REGARDING THE LIABILITY OF FAULTY THINGS

Rodica Lacrima BOILĂ

JUDICIAL VALENCES OF THE NATIONAL PROSECUTION DEPARTMENT AGAINST CORRUPTION WITHIN THE CONTEXT OF EUROPEAN REGULATIONS

Olimpiu SABĂU-POP

GRANTING OF PAYMENT FACILITIES FOR THE BUDGETARY ARRIERS, ACCORDING TO THE GOVERNMENT ORDINANCE NO.40/2002 BETWEEN OPPORTUNITY AND COMPLIANCE WITH THE LAW

Brîndușa LANȚOȘ

THE LEGAL REGIME OF CERTAIN SANCTIONS REGULATED BY THE ROMANIAN LAW OF COMPETITION – LAW NO. 21/1996

Titus PRESCURE

EUROPEAN REGULATIONS CONCERNING COMPETITION

Emilia MIHAI

EUROPEAN UNION AND THE REPUBLIC OF MOLDAVIA: LEGAL ASPECTS IN THE CONTEXT OF EUROPEAN INTEGRATION

Carolina SMOCHINĂ

THE LEGAL INHERITANCE IN THE CONTEXT OF THE REVISION OF ROMANIAN CONSTITUTION

Adrian BOANTĂ

THE FINANCIAL GUARANTEE CONTRACT PROVIDED BY THE ROMANIAN LAW

Ioan SCHIAU

CONSIDERATIONS CONCERNING THE RIGHT OF PREEMPTION IN THE FOREST DOMAIN

Lucreția DOGARU

LE REGIME JURIDIQUE ACTUEL DES MONOPOLES FISCAUX ET DES ACCISES

Mircea Ștefan MINEA

ASPECTS OF OBLIGATORY JUDICIAL ASSISTANCE REGARDING CORRUPTION OFFENCES

Silvia IOSA

„THE SEQUENCE OF THE STATES TO TREATIES” – PROBLEMS GENERATED BY THE REVOLUTIONARY CHANGES OF 1989

Nicolae PLOEȘTEANU

THE THEORY AND PRACTICE OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS. THE NOTION OF “DRITTWIRKUNG

Meda GRAMA

THE JUDICIAL NATURE OF THE GOVERNMENT’S ORDINANCES

Daniela VALEA

LA POLITIQUE EXTERIEURE, LA SECURITE ET LA DEFENSE COMMUNE DE L’EUROPE ELARGIE-LES NOUVELLES INSTITUTIONS

Dragoş CHILEA

THEORETICAL CONSIDERATIONS ON THE WILL IN THE CLASSICAL AGE

Cristinel MURZEA

LES ACTES DE GVERNEMENT

Brînduşa MARIAN

THE ANALYSIS OF THE RIGHT OF EXECUTION AS PART OF THE CONTESTATION AT EXECUTION

Ioan SABĂU – POP

THE SYSTEM OF JURIDICAL EDUCATION IN THE CONTEXT OF THE INTEGRATION IN THE STRUCTURES OF THE EUROPEAN UNION

Andrei SMOCHINĂ

THE EUROPEAN UNION’S CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS: A CONTRIBUTION TO THE EUROPEAN INTEGRATION, A STEP TOWARDS THE EUROPEAN CONSTITUTION OR JUST A NON-BINDING DECLARATION OF HUMAN RIGHTS?

Spyridon VLACHOPOULOS

LES PRINCIPES DE LA PUBLICITÉ

Rodica Diana APAN

LA CONSTITUTION DE LA ROUMANIE- PASSÉ ET PERSPECTIVES

Lucian CHIRIAC

JUDICIAL PRINCIPLES OF COMMERCE IN EUROPEAN UNION

Rădiţa CORCHEŞ

THE CORRELATION BETWEEN THE NATIONAL LAW AND THE COMMUNIT LAW IN CIVIL MATTER, IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTION FOR EUROPE

Constantin PALADE

INTERNATIONAL PRIVATE LAW ISSUES REGARDING THE CROSS-BORDER INSOLVENCY UNDER THE ROMANIAN LAW

Ioan SCHIAU, Titus PRESCURE

WHAT ROLE THE UE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS?

Anthony GORDON

LE REGIME DE L'AUTONOMIE LOCALE EN ROUMANIE

Rodica Narcisa PETRESCU

LES STIPULATIONS ABUSIVES DANS LES CONTRATS D'ASSURANCE

Elena MINEA

CERTAINS PROBLÈMES CONCERNANT L'ÉLIMINATION DES TERRAINS DU CIRCUIT AGRICOLE

Ernest LUPAN

ELEMENTS OF PUBLIC LAW IN COMMERCIAL ARBITRATION

Victor BABIUC

CONTRIBUTIONS TO THE THEORY OF RIGHTS

Gheorghe MIHAI

L'IMMUNITÉ DU PRÉSIDENT APRES LA REVISION DE LA CONSTITUTION DE LA ROUMANIE

Lucian CHIRIAC

THE INTERPRETATION OF THE ARBITRATION CONVENTION

Ioan SABĂU – POP

INTERPRETATIVE PRINCIPLES RELATING TO SPECIFIC LIMITATIONS CLAUSES

Meda GRAMA

THE ARGUMENTATION AS A FORM OF CONSTRUCTION FOR THE JURIDICAL DISCOURSE

Brîndușa LANȚOȘ

LE CONCEPT DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Rodica Diana APAN

ASPECTS REGARDING THE SUSTENABLE DEVELOPEMENT CONCERNING THE ENVIRONMENT

Lucreția DOGARU

THE EFFECTS OF THE NON-RESPONSIVE ATTITUDE OF THE PUBLIC ADMINISTRATION

Daniela VALEA, Brîndușa MARIAN

THE CROSS-BORDER INSOLVENCY. THE E.U. REGULATION AND NATIONAL LEGISLATION

Dana VOLOSEVICI

THE SAFEGUARDING OF EMPLOYEES' RIGHTS IN THE EVENT OF TRANSFERS OF UNDERTAKINGS, BUSINESSES OR PARTS OF UNDERTAKINGS OR BUSINESSES

Dana VOLOSEVICI

THE INTERNATIONAL TREATIES ON RESPECTING THE HUMAN RIGHTS AT WHICH ROMANIA IS PARTY

Maria – Irina RĂDULESCU

**ASPECTS REGARDING THE MEANS OF PROBATION IN COMMERCIAL FIELD
-SPECIES OF WRITS-**

Laura VOICULESCU

DIE PATRIMONIALE HAFTUNG IM GEBIET DES ARBEITSRECHTES

Felician COTEA

SELF-DEFENSE IN THE CONTEXT OF PRESENT REGULATIONS

Vasile COSTEA

THE PROBATIVE LAW – A NEW BRANCH OF LAW

Ondina PANĂ

ASPECTS OF OBLIGATORY JUDICIAL ASSISTANCE REGARDING CORRUPTION OFFENCES

Silvia IOSA, „1 Decembrie 1918” University of Alba Iulia, ROMANIA

Abstract: *Judicial assistance constitutes for the parties an aspect of their fundamental right to defense. The general rule is that of an optional judicial assistance, meaning that the party will benefit from a lawyer's assistance only if so desired, the trial being possible without the participation of a defender.*

As an exception, however, lack of judicial assistance may constitute the cause of nullity of the sentence passed, respectively in situations when judicial assistance is compulsory. The legislator also settled the compulsory judicial assistance, because there are complex situations where lack of judicial assistance, absence of qualified defenders could represent a major risk to the legal interests and rights of the defendant. In these situations the defence has the significance of an institution of a real social interest which works in favor of the accused and the defendant in order to secure the best progress of the trial.

The obligatory judicial assistance being an exception to its optional character, it was settled by the legislator for the special situations stipulated by Art. 171 par. 2 and 3 of the Criminal procedure Code as well as regarding all the corruption offences sanctioned by the laws no. 83/1992 and no. 78/2000.

Seeing the procedural provisions stipulated by the Law no. 78/2000 as well as those of the Law no.83/1992 in theory and in practice an opinion was circulated according to which, as the Law no.78/2000 annulled the Law no.83/1992, judicial assistance would no more be compulsory during prosecution and trial.

Art. 33 of the Law no.78/2000 provides, however, only that “any provision contrary to this Law is annulled” and does not explicitly and thoroughly exclude the provisions of the Law no.

83/1992. Therefore the provisions of the Law 83/1992 remain valid beside those of the new law inasmuch as they are not in contradiction therewith.

General aspects. Judicial assistance constitutes help given to the parties by the defenders, during the trial, by their counseling, explaining and actions. It is achieved through consultation and elaboration of petition or other judicial documents, as well as maintaining by judicial means the rights and legitimate interests of the parties in their relation with the state authorities, institutions and any legal entity or individual¹.

Judicial assistance is also called technical or professional defense because it is realized by a person that graduated a law school, for the best progress of the trial.

The romanian fundamental law generally settles/regulates the defence right of any person and also the parties' rights to be assisted by a lawyer throughout the trial². The defendant's right to judicial assistance is established by Art. 171 of the Criminal Procedure Code, quote : "*the defendant has the right to be assisted by a defender throughout the prosecution and trial and the judicial authorities are compelled to inform him about this right*".

Judicial assistance constitutes for the parties an aspect of their fundamental right to defense. The general rule is therefore that of an optional judicial assistance, meaning that the party will benefit from a lawyer's assistance only if so desired, the trial being possible without the participation of a defender.

As an exception, however, lack of judicial assistance may constitute the cause of nullity of the sentence passed, respectively in situations when judicial assistance is compulsory. The legislator also settled the compulsory judicial assistance, because there are complex situations where lack of judicial assistance, absence of qualified defenders could represent a major risk to the legal interests and rights of the defendant.

Thus, in these situations when judicial assistance becomes obligatory it constitutes a real and concrete guarantee of the defence right³. The criminal procedure law differentiates the circumstances when judicial assistance is required depending on the assisted quality in the trial taking into account the phase of the trial⁴.

Thus, judicial assistance both to the accused and the defendant is compulsory during the prosecution as well as during the trial, when he is under age, a soldier, a student in a military

¹ N. Volonciu, „*Tratat de procedură penală*”, parte generală, vol. I, Ed. Paideia, Bucureşti, 1999, pag. 202.

² Curtea Constituţională, dec. Nr. 232/1999, publ. În M. Of. partea I, nr. 73/18.02.2000.

³ N. Volonciu, op. cit., pag. 205.

⁴ V. Paşca, „*Exercitarea drepturilor de apărare și sancţiunea încălcării sale*”, articol în revista „Dreptul” nr. 3/1995.

school, or he is interned in a reforming center or in an instructive military institute or he is under arrest even though following another trial.

The paragraph 3th of the Art. 171 (Criminal Procedure Code) adds two more situations when the judicial assistance is compulsory, regarding the defendant and available in the trial only, respectively when the punishment for the committed offence is over five year imprisonment and when the Court judges that the defendant couldn't defend himself alone.

Particular provisions established by the Law 83/21th July 1992 regarding the urgent procedure of the prosecution and the trying for the corruption offences. The law no. 83/1992⁵ comprises among the corruption offences those stipulated by the Art. 245, 255, 256 and 257 of the Criminal Code and establishes some particular rules regarding the urgent procedure of prosecution and trying of the above mentioned.

Also, the mentioned law adds one more situation when judicial assistance is compulsory, beside the situations settled by the Criminal Procedure Code, both applicable to the accused and the defendant during the prosecution as well as during the trial. Thus, **Paragraph 4 of the Art. 2 of the Law no. 83/1992 established that “*the judicial assistance of the accused or the defendant is compulsory during the prosecution and the trial*”.**

The court passed the same verdict⁶ and based on the Art. No. 333 from Criminal. Procedure Code, it ordered that the case be returned to the prosecutor, because the provisions of the Paragraph 4th of the Art. no. 2 of the Law no. 83/1992 were violated, that is during the prosecution the judicial assistance was not secured for the defendant so that the prosecution's acts were sanctioned as void, proceeding from Art. 197 of the Criminal Procedure Code, because they were done by violating the defence right.

Later, the legislator widened the range of the notion “corruption offences”, by passing the Law nr. 78/2000 – the law for the prevention⁷, the disclosure and criminal punishment of corruption deeds, categorizing the offenses and the persons that these rules refer to.

Referring to the corruption offences, beside those stipulated by Art. 254 – 257 of the Criminal Code, the legislator also incriminated the act of promising, offering or giving money, presents or other benefits, directly or indirectly to an influential individual or to somebody pretending to have influence upon a civil servant in order to persuade him to commit or not an action pertaining to his function.

⁵ Legea nr. 83/21 iulie 1992, publicată în Monitorul Oficial al României, partea a IV-a, nr. 173/22 iulie 1992.

⁶ Trib. HD, sentința penală nr. 208/2003, nepublicată.

⁷ Legea nr. 78/2000, publicată în Mo. Of. al României, partea a IV-a, nr. 219/18 mai 2000.

To the above a number of offences are added which are assimilated with the corruption offences, the offences related to corruption offences as well as offences committed against the financial interests of the European Communities.

Chapter 4 of this normative act includes some procedural provisions, both general and special, related to the prosecution and trying of these corruption offences.

Thus, Art. 22 stipulates that "relative to the offences incriminated by this law, the prosecution is mandatorily performed by the prosecutor". At the trying fase the legislator provided that " for the first stage of the trying of the offences nominated by this Law specialized panels of judges are established" which will consist of 2 judges in courts, tribunals and courts of appeal (Art. 29 of the Law)

Seeing these procedural provisions stipulated by the Law no. 78/2000 as well as those of the Law no.83/1992 in theory and in practice an opinion was circulated according to which, as the Law no.78/2000 annulled the Law no.83/1992, judicial assistance would no more be compulsory during prosecution and trial.

To sustain this theory there was brought up as an argument the fact that there is a sequence of special laws which include criminal procedure provides referring to the corruption offences, and not a sequence of criminal procedure laws , because within their body there is reference to the Criminal Procedure Code. Therefore, two special laws existing which regulate exactly the same matter, the annulment is tacit, pure and simple, the new law annulling the previous one, according to the principle „*lex posteriori derogat lex priori*”⁸.

The Law no.78/2000 comprises criminal provides as well as criminal procedure provisions, applicable to the corruption offences which are prosecuted and tried if flagrant, proceeding Art. 466 – 469 of the Criminal Procedure Code., and if not flagrant proceeding common procedure (art. 21 par. 2). Art. 21 par. 1 of the Law no.78/2000 is in this respect identical to the provisions of the old law.

Because the provisions of Art. 2 par. 4 of the Law no. 83/1992 regarding the obligatory judicial assistance were not repeated, it means that the derogations to the provisions of Art. 6 and Art. 171 of the Criminal Procedure Code were abandoned, the Law no. 78/2000 expressly mentioning in its Art. 31 that: "the provisions of this law are completed with the provisions of the Criminal Procedure Code as for prosecution and trial" and not with those of the Law no. 83/1992.

Moreover, the basic rules regarding the sequence of criminal procedure laws are the immediate applicability of the new procedure law and the validity of the procedure acts performed during and according to the provisions of the old procedure law⁹.

⁸ V.D Zlătescu, „*Introducere în legistica formală (tehnica legislativă)*”, Ed. Oscar Print, Bucureşti, 1996, pag. 87-88.

⁹ C. Barbu, „*Aplicarea legii penale în spaţiu şi timp*”, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1972, pag. 181; I. Lascu, DC Lascu, articol în revista Dreptul nr. 10/2000, pag. 3.

As one can easily notice, however, by studying the bodies of the two normative acts, these are two special laws which complete one another and co-exist within the Romanian legislation in force in the matter of criminal procedure.

This assertion is maintained basically by the fact that Art. 33 of the Law no.78/2000 provides only that “any provision contrary to this Law is annulled” and does not explicitly and thoroughly exclude the provisions of the Law no. 83/1992. Therefore the provisions of the Law 83/1992 remain valid beside those of the new law inasmuch as they are not in contradiction therewith.

In this respect one cannot assert that there is any contradiction between the obligation of judicial assistance settled by the Law no. 83/1992 and that of performing the prosecution by the prosecutors or that of forming the specialized panels of judges consisting of two judges at the first stage of the trial as the new law provides. On the contrary, the two normative acts contain provisions that can co-exist, completing one another so that there is no express annulment of the old law.

On the other hand, the new law does not thoroughly cover the matter although it repeats some provisions of the old law, so that there cannot be the case of a tacit annulment.

In practice it was stipulated that because the defendant was not assisted by a defender, although he had been asked if he wanted a defender and he refused, the procedural acts performed during prosecution were deemed as absolutely null as the provisions of Art. 2 Par. 4 of the Law 83/1992 were violated.

In conclusion the right to defense established by Art. 24 of the Constitution refers to the optional judicial assistance and the exceptions to this rule can be exclusively established by the legislator according to the constitutional provisions included in Art. 58 par. 1. The obligatory judicial assistance being an exception to its optional character, it was settled by the legislator for the special situations stipulated by Art. 171 par. 2 and 3 of the Criminal procedure Code as well as regarding all the corruption offences sanctioned by the laws no. 83/1992 and no. 78/2000.

In these situations the defence has the significance of an institution of a real social interest which works in favor of the accused and the defendant in order to secure the best progress of the trial¹⁰.

Bibliography:

1. **N. Volonciu**, „*Tratat de procedură penală*”, parte generală, vol. I, Ed. Paideia, București, 1999;

¹⁰ I. Neagu, A. Crișu, „*Codul de procedură penală adnotat*”, Ed. All Beck, București, 2003, pag. 127.

2. **V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Ilescu, R. Stănoiu**, „*Explicații teoretice ale Codului de procedură penală română*”, parte generală, vol. I, Ed. Academiei, București, 1975;
3. **V. Pașca**, „*Exercitarea drepturilor de apărare și sancțiunea încălcării sale*”, articol în revista „Dreptul” nr. 3/1995;
4. **V.D Zlătescu**, „*Introducere în logistica formală (tehnica legislativă)*”, Ed. Oscar Print, București, 1996;
5. **C. Barbu**, „*Aplicarea legii penale în spațiu și timp*”, Ed. Științifică, București, 1972;
6. **I. Lascu, D.C. Lascu**, articol în revista Dreptul nr. 10/2000;
7. **I. Neagu, A. Crișu**, „*Codul de procedură penală adnotat*”, Ed. All Beck, București, 2003;
8. **Legea nr. 83/1992**, publicată în M. Of. al României, partea a IV-a, nr. 173/22 iulie 1992;
9. **Legea nr. 78/2000**, publicată în M. Of. al României, partea IV-a, nr. 219/18 mai 2000.

LES ACTES DE GOUVERNEMENT

Brîndușa MARIAN

L'Université „Petru Maior” de Tîrgu-Mureș, ROUMANIE

Résumé: *Le problème des actes de gouvernement est très important dans la mesure où, à travers ces actes, se pose la question du principe de légalité, qui constitue la base de l'Etat moderne étant donné que ces actes sont soustraits au contrôle par la voie du contentieux.*

Dans la doctrine française, une série de théories ont été élaborées par le biais desquelles il a été tenté non seulement de donner une définition aux actes de gouvernement mais aussi une justification à l'exclusion du contrôle juridictionnel de ces derniers.

En Roumanie, le problème des actes de gouvernement se pose dans des conditions différentes des conditions françaises, parce que le législateur a essayé de donner une définition aux actes de gouvernement.

Les actes de gouvernement trouvent leur origine en France et cette institution juridique a été reprise dans sa totalité ou avec certaines modifications par plusieurs états européens parmi lesquels la Roumanie¹; toutefois, d'autres états, tels que l'Allemagne, ne se sont pas ralliés à ce choix² et adoptent la thèse des pouvoirs discrétionnaires.

Le problème des actes de gouvernement est très important dans la mesure où, à travers ces actes, se pose la question du principe de légalité, qui constitue la base de l'Etat moderne³, étant donné que ces actes sont soustraits au contrôle par la voie du contentieux.

¹ Voir Erast Diti Tarangul, *Tratat de drept administrativ român*, Tipografia "Glasul Bucovinei", Cernăuți, 1944, p. 496.

² Voir Tudor Drăganu, *Introducere în teoria și practica statului de drept*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1992, p. 214.

³ Voir Erast Diti Tarangul, *op.cit.*, p. 496.

La théorie des actes de gouvernement est en France d'origine jurisprudentielle ; la juridiction administrative française étant celle qui a consacré, tout en les déterminant, la catégorie d'actes considérés comme «actes de gouvernement».

Les différentes législations ont essayé au fil du temps d'offrir des indices pour la reconnaissance d'un acte de gouvernement⁴.

Ainsi, il existe en France un seul texte de loi (article 26 d'une loi adoptée en 1872), sur lequel se fonde la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui prévoit que «les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal de conflit les questions présentées devant la section de contentieux et qui ne relèvent pas du contentieux administratif». En pratique, cet article a assumé les dispositions d'une loi adoptée en 1849, commentée à cette époque dans le sens où il existerait des actes pour lesquels le gouvernement ne serait pas responsable si ce n'est devant le Parlement.

La loi adoptée en 1888, en Espagne, ordonnait dans l'article 4, que soient enlevées de la compétence du Tribunal de contentieux administratif: les questions qui, par la nature des actes qui se trouvent à leur base ou par la matière à laquelle elles se réfèrent, font partie du pouvoir discrétionnaire.

En Italie, la référence aux actes de gouvernement se faisait par le biais de l'article 24 d'une loi adoptée en 1889 qui prévoit que: « Le recours n'est pas admissible s'il s'agit d'actes émis par le gouvernement dans l'exercice de ses pouvoirs politiques⁵».

Dans la doctrine française, une série de théories ont été élaborées par le biais desquelles il a été tenté non seulement de donner une définition aux actes de gouvernement mais aussi une justification à l'exclusion du contrôle juridictionnel de ces derniers.

Ainsi, la première théorie, émise en lien avec les actes de gouvernement et adoptée par le Conseil d'Etat, a été «la théorie du mobile politique» selon laquelle était considéré comme acte de gouvernement tout acte administratif qui poursuivrait un but politique. Cette théorie a été par la suite fortement contestée dans la mesure où elle donne naissance à des abus de la part de l'administration. En effet, celle-ci peut prétendre à n'importe quel instant qu'elle émet un acte pour des motifs supérieurs d'état, autrement dit dans un but politique.

Ainsi, elle se déroberait au contrôle de la légalité par les instances de contentieux⁶. En pratique, cette théorie a constitué une sérieuse tentative d'affaiblir le principe de légalité dans l'activité de l'administration d'état⁷, puisque conformément à cette théorie, n'importe quel acte

⁴ Voir André de Laubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, *Traite de droit administratif*, LGDJ, Paris 1999, p.703.

⁵ Voir Erast Diti Tarangul, *op.cit.*, p. 496.

⁶ Voir Valentin I. Prisacaru, *Contenciosul administrativ român*, Ed. AllBeck, Bucureşti, 1998, p. 121.

⁷ Voir Tudor Drăganu, *op.cit.*, p. 214.

administratif peut être déclaré, dans le cas d'un éventuel litige, acte de gouvernement sous le prétexte qu'il poursuit un but politique⁸.

La «théorie de la nature des actes» se fonde quant à elle sur le partage en deux des fonctions exécutives de l'Etat : la fonction de gouverner et celle d'administrer; et cette théorie considère que les actes de gouvernement sont adoptés dans le but de réaliser la fonction de gouverner. Conformément à cette théorie, les actes de gouvernement se distinguent des actes administratifs par leur nature politique. Ainsi, les actes de gouvernement seraient ceux qui émaneraient du gouvernement comme organe politique, tandis que les actes administratifs émaneraient des autorités administratives ou du gouvernement en tant qu'autorité administrative.

Le fondateur de cette doctrine, le professeur Laferrière, a employé une série de critères distincts pour les deux notions d'administrer et de gouverner. Selon lui, «administrer signifie assurer l'application quotidienne des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et ceux des différentes administrations entre elles. Gouverner signifie veiller au respect de la Constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, assurer les rapports du gouvernement avec les assemblées législatives et ceux de l'Etat avec les pouvoirs publics»⁹.

Cette théorie a eu un succès éphémère. En effet, ayant à sa base un critère confus et vague, elle n'a pas pu donner de résultats dans la pratique des instances judiciaires.

Une autre théorie a été celle de la «forme des actes» selon laquelle de tels actes sont adoptés uniquement par le gouvernement et par aucun autre organe du pouvoir exécutif. En pratique, par cette théorie, il a été tenté de délimiter la sphère des actes de gouvernement par l'exclusion de cette catégorie des actes émis par l'administration locale.

Selon la «théorie de la constitutionnalité des actes», le gouvernement émet les actes de gouvernement sur la base d'un texte précis de la Constitution¹⁰.

La «théorie de la force majeure», selon laquelle ces actes s'adoptent ou sont émis dans l'intérêt public déterminé en cas de force majeure, peut être justifiée par l'exclusion du contrôle des mesures qui conduirait à la paralysie de leurs effets, mais dans la mesure où cela conduit à l'atteinte des droits individuels des citoyens et engendre des préjudices, il est toutefois normal que les organes de l'Etat répondent d'un point de vue civil devant les instances de droit commun pour les préjudices causés aux particuliers¹¹.

⁸ Voir Tudor Drăganu, *Liberul acces la justiție*, Ed. Lumina-Lex, București, 2003, p.204.

⁹ Voir Tudor Drăganu, *op.cit.*, p. 214 -215.

¹⁰ Voir Valentin I. Prisacaru, *op.cit.*, p. 121

¹¹ Voir Valentin I. Prisacaru, *op.cit.*, p. 121; Tudor Drăganu, *Introducere în teoria și practica statului de drept*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1992, p. 216.

Enfin, les partisans¹² de la «théorie négative» ont soutenus pour leur part que ces actes n'existent même pas.

Toutefois, nous voilà parvenus à une définition des actes de gouvernement, ces derniers étant considérés comme des actes émis par des autorités administratives qui ne sont pas susceptibles d'être attaquées devant les instances aussi bien administratives que judiciaires¹³.

Cela étant dit, dans la doctrine française, la théorie des actes de gouvernement a été particulièrement critiquée: «Il faut rejeter de toutes nos forces la théorie des actes de gouvernement qui n'est pas autre chose qu'un retour à la doctrine néfaste de la «raison d'Etat» au nom de laquelle ont été commis, tout au long des siècles, et sont commis encore aujourd'hui, tant de crimes impardonnables¹⁴».

En Roumanie, le problème des actes de gouvernement se pose dans des conditions différentes des conditions françaises, parce que le législateur a essayé de donner une définition aux actes de gouvernement.

L'évolution du contentieux administratif, suite à l'adoption de la Constitution de 1866, a imposé l'exclusion de certains actes des actions pouvant être amenées devant les instances de contentieux administratif.

Ainsi, le législateur roumain a mentionné pour la première fois les actes de gouvernement dans l'article 4 alinéa 9 lettre h, de la loi de la Cour de Cassation en 1905.

La Constitution de 1923, dans l'article 107 alinéa final précise que « le pouvoir judiciaire n'a pas la possibilité de juger les actes de gouvernement, de même que les actes de commandement à caractère militaire»¹⁵.

La loi de 1925 sur le contentieux administratif prévoit dans l'article 2 que: «Dans les actes de gouvernement sont compris toutes les mesures prises pour la défense de l'intérêt général concernant l'ordre public, la sécurité interne ou externe de l'Etat, ou d'autres nécessités d'ordre supérieur, tels que la déclaration d'état de siège, le fait de guerre, qui résulterait d'une force majeure ou de nécessités immédiates de lutte, tous les actes de commandement à caractère militaire, exécution et interprétation des traités et des conventions diplomatiques avec des Etats étrangers, les mesures prises contre les épidémies, les épizooties, les inondations, la famine, les troubles internes, la naturalisation, les actes par lesquels sont dissous les personnes juridiques ou qui leur interdisent le fonctionnement conformément à la loi spéciale, l'extradition des étrangers et d'autres actes de même nature». De ces prévisions, il est admis tout au plus que les actes de gouvernement peuvent

¹² Voir Anibal Teodorescu, *Tratat de drept administrativ*, Bucureşti, 1929, p.407-414.

¹³ Voir André de Laubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, *op.cit.*, p.703.

¹⁴ Voir Leon Duguît, *Traite de droit constitutionnel*, Paris, 1930, p.738.

¹⁵ Voir Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Ed. AllBeck, Bucureşti, 2001, p. 540.

entraîner une réponse politique devant le Parlement de la part du gouvernement ou du ministre, auteur de l'acte¹⁶.

Cette définition a été critiquée comme une doctrine¹⁷ vague et imprécise dans la mesure où le législateur emploie des termes tels que celui de mesure «pour la défense de l'intérêt général», relatif à «l'ordre public» ou à la «sûreté de l'Etat» sans préciser ce qu'il faut entendre par cela.

Parallèlement, la doctrine ne considère pas comme étant actes de gouvernement les actes concernant la naturalisation ou la dissolution des personnes juridiques, les mesures prises pour combattre les épidémies et les épizooties.

Initialement, la jurisprudence roumaine a adopté la théorie du but des actes de gouvernement, puis par la suite, la théorie de la nature politique de ces derniers. En ce qui concerne la nature politique des actes de gouvernement, la jurisprudence s'est prononcée pour offrir aux niveaux des instances la liberté de déterminer la nature politique au cas par cas¹⁸.

Il faut d'ailleurs constater que la tendance générale de la jurisprudence est de réduire le nombre d'actes de gouvernement.

En fait, autant la doctrine que la jurisprudence de l'entre-deux guerres n'ont pas considéré les actes de gouvernement comme une catégorie d'actes se distinguant par leur nature des autres actes administratifs. Par conséquent, il a été soutenu que d'un point de vue juridique, il n'existe pas de catégorie pour les actes de gouvernement. A partir de l'analyse des motifs et du but pour lesquels les actes de gouvernement ont été prévus dans différentes législations, nous arrivons à la conclusion que le législateur a souhaité exclure du contrôle juridictionnel certains actes des organes exécutifs, du fait de leur contenu présentant une importance politique et sociale.

L'autre problème rencontré a été celui de la légalité des actes de gouvernement, autrement dit, si ces derniers constituent une infraction au principe de légalité. Il existe des avis selon lesquels les actes de gouvernement ne pourraient pas être illégaux (Carré de Malberg) même si ces actes sont donnés à la compétence d'organes exécutifs par la Constitution et non pas par la loi. Toutefois cette opinion a été contestée sur le motif qu'elle ne correspondrait pas à la réalité¹⁹. La pratique a démontré qu'il existe des actes qui sont donnés à la compétence des autorités de l'administration publique et cependant ces actes ne sont pas des actes de gouvernement puisqu'ils peuvent être attaqués devant les instances de contentieux administratifs²⁰.

Pour répondre à la question «les actes de gouvernement constituent-ils ou non une infraction au principe de légalité?», autrement dit si on admet que les actes de gouvernement produisent des

¹⁶ Voir Tudor Drăganu, *Liberul acces la justiție*, Ed. Lumina-Lex, București, 2003, p.204

¹⁷ Voir Constantin G. Rarincescu, *Contenciosul administrativ român*, București, 1936, p. 297.

¹⁸ Voir Erast Diti Tarangul, *op.cit.*, p.501

¹⁹ Voir Erast Diti Tarangul, *op.cit.*, p.508

²⁰ Par exemple les règlement du Roi, ne sont pas actes de gouvernement.

effets de droit sans pouvoir être annulés, même s'ils sont illégaux, la doctrine a analysé la Constitution et la législation en vigueur.

On considère²¹ ainsi qu'il existe trois niveaux de détermination légale pour les actes administratifs. Tout d'abord, nous avons le pouvoir ou la compétence légale, lorsque tous les éléments de l'acte (autant les motifs que le but, la forme, la compétence) sont déterminés par la loi. Ensuite, nous avons le pouvoir discrétionnaire, quand les motifs ne sont pas déterminés par la loi mais seulement le but, la forme et la compétence. Enfin, nous avons les actes de gouvernement pour lesquels ni le motif, ni le but ne sont déterminés par une norme légale mais seulement par leur forme et leur compétence²².

La théorie des actes de gouvernement a été sévèrement critiquée même en France puisqu'on considère que «dans un régime juridique basé sur les notions d'égalité et d'Etat de droit elle apparaît en réalité comme un paradoxe voire un archaïsme, une survivance de la vieille «raison d'Etat» une fois qu'elle crée un domaine dans lequel le contrôle juridictionnel ne peut pas redresser les illégalités produites dans lesquelles l'administration est en réalité libérée de l'obligation de respecter la légalité»²³.

Cette théorie apparaît complètement inutile en ce qui concerne tout du moins la France. Compte tenu des dernières tendances de la jurisprudence, la liste des actes considérés comme actes de gouvernement a été réduite à un tel point que l'exclusion du contrôle juridictionnel peut être plus facilement expliquée à l'aide du concept de pouvoir discrétionnaire, comme c'est le cas en Allemagne. Nous enregistrons ainsi un renoncement à la théorie des actes de gouvernement²⁴.

Lors de sa publication, la loi n° 29/1990 s'est contentée de recourir à une énumération sous la forme d'une liste limitative des actes administratifs d'autorité soustraits au contrôle juridictionnel. Certains des actes inclus dans cette liste relèvent de la notion d'actes de gouvernement tels que: les actes se référant à l'interprétation et l'exécution des actes internationaux dont la Roumanie est signataire ou les actes de commandement de caractère militaire.

Les autres actes énumérés pourraient conduire s'ils ne sont pas interprétés avec prudence, au dépassement du cadre accepté en temps normal de la notion des actes de gouvernement.

La loi n° 29/1990 précise l'exclusion du contrôle qu'elle institue d'un certain nombre d'actes ayant à leur base la théorie de l'Etat de nécessité et non pas celui de concept des actes de gouvernement²⁵.

²¹ Voir Erast Diti Tarangul, *op.cit.*, p.509

²² Voir Erast Diti Tarangul, *op.cit.*, p. 508-509

²³ Voir André de Laubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, *op.cit.*, p.709.

²⁴ Voir Tudor Drăganu, *op.cit.*, p.215-216.

²⁵ *Ibid* p. 218.

Actuellement, la Constitution révisée prévoit dans l'article 126 alinéa 6 que sont exclues du contrôle par le biais du contentieux administratif deux catégories d'actes et plus précisément les actes qui concernent les rapports des autorités publiques avec le Parlement et les actes de commandement de caractère militaire.

Dans la mesure où le législateur constituant demeure évasif, nous pouvons toutefois nous demander quels sont les actes qui concernent les rapport des autorités publiques avec le Parlement²⁶.

Par la loi n° 29/1990 étaient exclus du contentieux les actes qui concernaient les rapports entre le Parlement ou le Président de la Roumanie avec le Gouvernement. Cependant, compte tenu des prévisions constitutionnelles sont seulement exclus les actes administratifs des autorités publiques qui concernent les rapports avec le Parlement. Cela nous invite à considérer ce fait comme un changement de relations juridiques à la fois entre l'exécutif et le Parlement ainsi qu'entre le chef de l'Etat et le Parlement. Néanmoins, ce fait constitue également une restriction de la sphère d'exclusion du contentieux par la non inclusion des actes qui visent la relation entre le chef d'Etat roumain et le Gouvernement.

Quelques précisions s'imposent. Une première précision consisterait à dire que quelque soit la façon dont nous analysons la relation entre le Parlement et le Gouvernement ou entre celui-ci et le pouvoir législatif, on ne peut pas poser le problème de l'adoption des actes administratifs adoptés par le Parlement en relation avec le Gouvernement, puisque ni la décision d'investiture ni celle de destitution de l'exécutif ne constitue un acte administratif. D'autre part, le Gouvernement ne peut pas émettre d'actes administratifs en rapport avec le Parlement, si ce n'est dans des cas précis tel que l'établissement des dates des élections, situation dans laquelle ne peut pas être invoquée l'atteinte à un droit subjectif ou à un intérêt légitime²⁷.

Une deuxième précision concerne les actes du Président en relation avec le Parlement qui ne peuvent pas être contestés devant les instances de contentieux administratif. Il s'agit par exemple de la convocation de la première session du législatif ou encore de la dissolution du celui-ci dans le cas où la nomination du Gouvernement échoue à deux reprises consécutives. Cependant, compte tenu des prévisions constitutionnelles présentes dans l'article 85, alinéa 2; article 109, alinéa 2, il résulte que les actes du Président en rapport avec le Gouvernement (remaniement gouvernemental, la suspension d'un membre de l'exécutif) pourrait être attaqués devant les instances de contentieux puisqu'ils ne font pas partie de la catégorie des exception consacrées par la Constitution²⁸.

²⁶ Voir Adrian Boantă, *Semnificații aduse de legea de revizuire a Constituției României în materia contenciosului administrativ*, dans la Conference „L' implication theoretique et pratique de la Constitution révisée” novembre 2003.

²⁷ Voir Ioan Santai, *Implicații vizând unele prevederi revizuite ale Constituției în materia contenciosului administrativ*, dans Revista de drept public, nr. 1/2004, p. 39

²⁸ Art. 126 alin 6 Constitution révisée.

Si nous analysons les exceptions du contentieux administratif prévues dans l'article 2 de la loi n° 29/1990 et que nous les mettons en corrélation avec les prévisions constitutionnelles, nous pouvons constater que la majorité d'entre elles sont abrogées tacitement. Toutefois, s'impose le problème de l'attaque devant les instances de contentieux des actes de gestion réalisés par l'Etat en qualité de personne juridique pour l'administration de son patrimoine. Nous considérons qu'en parlant des actes patrimoniaux dans la sphère des relations contractuelles, ces actes ne peuvent pas entrer sous l'incidence du contentieux dans la mesure où ils entrent sous l'incidence du droit commun ou de prévisions spéciales. Dans le même principe, pas même le préfet ne peut attaquer en contentieux les actes de gestion courante des autorités de l'administration publique locale²⁹ et pour les mêmes raisons, ni les actes de gestion des organes de direction dans le cadre du Parlement ne peuvent être attaqués³⁰.

Parallèlement, les actes administratifs pour la suppression ou la modification sont exclus du contentieux, une loi spéciale prévoyant une autre procédure³¹.

Pour conclure, même si par les prévisions constitutionnelles on a essayé de réduire la sphère des actes pouvant être attaqués devant les instances de contentieux administratif, nous pouvons considérer que ces prévisions sont vagues, confuses et que, par conséquent, il reviendra au législateur d'établir les actes qui peuvent être attaqués devant les instances du contentieux administratif.

²⁹ Art. 135 alin.2 Loi n° 215/2001 de l'administration publique locale, dans M.Of. nr. 104, 23 april. 2001.

³⁰ Voir Ioan Santai, *loc.cit.*,p. 39.

³¹ Art. 2 lit.c din Loi nr°. 29/1990.

LA CONSTITUTION DE LA ROUMANIE - PASSÉ ET PERSPECTIVES

Lucian CHIRIAC, *L'Université „Petru Maior” Tîrgu-Mureş*, ROUMANIE

Résumé: *La Constitution de la Roumanie n'est pas apparue sur un terrain vide, notre passé a eu des idées constitutionnelles, sur ce territoire il y a eu un développement constitutionnel qui s'est retrouvé, finalement dans les Constitutions successives de la Roumanie moderne. Nous estimons que les Constitutions nationales n'ont pas perdu de leur importance, parce que le processus d'intégration peut être de longue durée, ainsi que le processus de fusion de diverses cultures européennes. Lorsqu'on pourra parler d'une conscience nationale européenne, l'Union Européenne sera accomplie.*

Lorsque Nicolae Iorga a tenu une conférence sur l'*Histoire de la Constitution Roumaine*, il a apprécié que pour aborder un thème pareil il faut reconnaître le point de vue des historiens pour lesquels «le présent signifie un passé et il a sa responsabilité envers un avenir, ainsi que ce problème constitutionnel doit être traité, dans la démarche historique aussi, dans le domaine des relations et du développement propre de notre peuple».³²

On comprend, de ces paroles qu'il faut rechercher une constitution à partir de son fondement national qui trouve son expression dans l'idée de continuité, comme réflexion d'une conscience nationale.

Évidemment, la Constitution de la Roumanie n'est pas apparue sur un terrain vide, notre passé a eu des idées constitutionnelles, sur ce territoire il y a eu un développement constitutionnel qui s'est retrouvé, finalement dans les Constitutions successives de la Roumanie moderne.³³

³²Voir Nicolae Iorga, „Istoricul Constituției Românești”, 18 décembre 1922, dans *Noua Constituție a României și Noile Constituții Europene*, Éditée par l'Institut Social Roumain, Imprimerie Cultura Națională, București, 1923, p.6.

³³ Voir Nicolae Iorga, *op.cit.*, p. 7.

Dans la littérature juridique on a affirmé que, avant les Règlements Organiques, les pays roumains avaient connu un système politique consuetudinaire, caractérisé par une absence totale de textes constitutionnels écrits.³⁴

Cette affirmation soutenue par les arguments de l'histoire du droit ne peut pas être acceptée.

La civilisation roumaine s'est établie, dès l'époque féodale, dans des structures institutionnelles, qui préfiguraient un système propre d'organisation de l'État, qui n'était pas pourtant, privé des influences de l'Europe occidentale.

Ainsi que le montrait Nicolae Balcescu, les normes coutumières – les coutumes de la terre- «ont longtemps tenu la place de constitution politique, de registre civil et criminel».³⁵ Ainsi *Invataturile lui Neagoe Basarab catre fiul sau Teodosie (Les préceptes de Neagoe Basarab pour son fils Teodosie)*(1519-1520) sont une tentative de présenter une pensée politico-juridique sur l'État. Il est incontestable que dans les écrits des gens de lettres ou dans les œuvres des chroniqueurs (Grigore Ureche, Miron Costin, Ion Neculce, Constantin Cantacuzino) on retrouve des idées qui correspondent à certains principes de droit national. Sur ce fondement apparaissent les premières tentatives de codification du droit d'essence coutumière, où il y a, aussi, des règles de droit public, comme *Pravilele lui Vasile Lupu (Les codes de Vasile Lupu)*, *Cartea romaneasca de invatatura*(1646)(*Le Livre roumain de Préceptes*), et *Indreptarea legii*(1652)(*Le Guide des Lois*) de Matei Basarab.

L'État vu comme une succession de monarchies, ou le prince régnant apparaît comme un défenseur éclairé des lois, dans le cadre d'une forme de gouvernement propre à la monarchie absolue, est décrit dans les œuvres de Dimitrie Cantemir (1673-1723) *Descriptio Moldaviae* et *Hronicul vechimii romano-moldo-vlahilor (La chronique de l'ancienneté des roumains, des moldaviens et des valaques)*.

Il est vrai que certaines normes concernant l'organisation de l'État, tout en gardant les règles du droit féodal, étaient prévues, pour la première fois dans ce qu'on a appelé *Marele Hrisov(Le grand document)* de Constantin Mavrocordat (1741), document présenté, beaucoup plus tard, comme étant un acte de nature constitutionnelle.³⁶ Dans ce contexte on inscrit, également, la réflexion, la consolidation de certaines normes d'organisation de l'État et d'organisation judiciaire pour assurer le respect du droit de propriété dans *Pravilniceasca condica(Le Code des lois de*

³⁴ Voir A.I.E. Silvan, *Regulamentul administrativ*, Imprimerie Revista Geniului, Bucureşti – Cotroceni- VI – 1934, p. 201.

³⁵ Voir Nicolae Bălcescu, „Cuvânt preliminaru despre izvoarele istoriei românilor” dans *Opere alese*, tome I, E.S.L.A., Bucureşti, 1960, p. 59.

Alexandru Ipsilanti (1780) et dans *Codul Calimah*(*Le Code Callimaque*) (Le code civil de Moldavie, de Scarlat Calimah-1817).

«Le XVIIIe siècle, disait Nicolae Iorga, a signifié un retour à l'ancienne Constitution, non-écrite, mais tant de fois demandée par le peuple et imposée de nouveau par „Sfatul tarii” (Conseil du pays), où il y avait des éléments populaires aussi[...]Constitution qui donnait à ce „Sfat”(Conseil) le droit d'élire le prince régnant, et le droit de décision dans la politique extérieure, et en même temps, le droit de restituer les anciens coutumes ou d'innover.»³⁷

Sous l'influence des idées de la révolution française de 1789, les préoccupations théoriques et politiques pour la configuration d'un régime constitutionnel, dans les pays roumains, se sont accentuées au début du XIXe siècle. Les idées progressistes se sont développées dans le cadre du courant illuministe protégé par le mouvement connu sous le nom de *Scoala Ardeleana*(L'école de Transylvanie)(Samuil Micu, Gheorghe Sincai, Petru Maior, Ion Budai Deleanu, etc.). Dans ce cadre la nation roumaine de Transylvanie demandait qu'on lui reconnaisse le statut de nation constitutionnelle, égale en droits avec les autres populations, des droits politiques, la représentation proportionnelle, etc., des demandes qui se retrouvent dans le mémoire appelé *Supplex Libellus Valachorum* de 1791.³⁸

En 1822, les boïards „carvunari”(exploiteurs), guidés par le grand gouverneur Iordache Draghici, ont élaboré un projet de Constitution pour la Moldavie, où l'on retrouvait des prévisions spécifiques pour le droit constitutionnel, comme l'activité d'un parlement (le Conseil du Peuple), d'un pouvoir exécutif(«le pouvoir de gouvernement et d'exécution doit être dans la main du Seigneur, seulement»), une hiérarchie judiciaire. Malheureusement, cette «Constitution», à cause de différentes raisons politiques qui n'ont pas été indifférentes à la Russie et à la Turquie, est restée au stade de projet, mais beaucoup de ses idées se sont retrouvées dans les demandes pour un «règlement», reflétées dans la Convention de Aakkerman de 1826. En plus, l'article 5 du Traité de Adrianopole de 1829 on a mentionné l'accord entre la Russie et la Turquie, en ce qui concerne le fait que «[l]es principautés vont jouir de libre exercice de leur religion, d'une parfaite sûreté, d'une administration nationale et de l'indépendance et d'une totale liberté du commerce».³⁹

Les Règlements Organiques(1831 dans Tara Romaneasca-Le Pays Roumain, 1832 en Moldova-Moldavie) sont considérés pour les pays roumains comme les premières constitutions

³⁶ Voir Cristian Ionescu, „Dezvoltarea constituțională a Principatelor române în a doua jumătate a secolului al XVIII-lea și în prima jumătate a secolului al XIX-lea. Reforme și proiecte constituționale” dans *Studii de drept constituțional*, Éditions Lumina Lex, Bucuresti, 2001, p. 241-242.

³⁷ Voir Nicolae Iorga, *op.cit.*, p. 17.

³⁸ Voir Vladimir Hanga „The legal argumnets of the romanian clarms in the Supplex libellus Valachorul”, dans *Études d'histoire du droit. Studii de istoria dreptului*, tome II, Éditions Servo Sat, Arad, 1997, p. 70 et passim.

³⁹ Voir Cristian Ionescu, *op.cit.*, p. 247. sous-sol

écrites.⁴⁰ Les deux institutions ne sont pas différentes quant au contenu, ce qui est important pour une identité d'utilisation dans la conception de l'unification; elles ne marquent pas, non plus, un éloignement total des relations de production féodales, selon le modèle des constitutions bourgeoises, occidentales; et tout cela, probablement, à cause de l'influence néfaste de la Russie et de la Turquie.⁴¹ C'est à cause de ce contenu que le professeur Tudor Draganu appréciait que les *Règlements Organiques* se présentent, plutôt, comme des codes constitutionnels et administratifs, et non pas comme des constitutions proprement-dites.⁴²

Au sujet du règlement, le grand professeur et historien Nicolae Iorga disait que le «[r]èglement organique n'est pas une institution imposée par les Russes; les Russes n'ont changé que quelques points. Les plus sages de nos boïards ont travaillé à ce règlement: pour la Moldavie Conachi, le poète(le secrétaire a été Agha Gheorghe Asachi), pour la Munténie Barbu Stirbei. Les Russes n'auraient même pu connaître si bien les circonstances du pays pour établir dans le Règlement Organique des stipulations qui puissent s'appliquer tellement bien à la vie de nos deux pays». ⁴³ Ce qui était important à retenir, selon le grand savant, a été le caractère de continuité qu'on avait retrouvé dans cette œuvre constitutionnelle «car elle comprenait, partiellement les demandes des boïards d'autrefois». ⁴⁴

Le *Règlement Organique* reflète le principe de la séparation des pouvoirs dans l'organisation des deux pays roumains⁴⁵ (Obsteasca Adunare-l'Assemblée du peuple et Domnitorul-le Prince régnant formaient le pouvoir législatif, le Prince représentait le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire revenait aux instances judiciaires).⁴⁶

L'année des révolutions européennes 1848 se définit, pour les trois pays roumains, par d'autres tentatives d'adopter des normes de droit public dans la perspective de la modernisation de la société roumaine. *Proclamatia de la Islaz*(*La Proclamation d'Islaz*) le 9/21 juin 1848-formait pratiquement ce qu'on aurait voulu, la Constitution d'un État bourgeois (l'abolition des privilèges, l'égalité devant la loi, principe élu pour 5 ans, la liberté de la personne, etc.)⁴⁷ On retrouve les mêmes idées dans le Programme rédigé par Mihail Kogalniceanu, appelé *Dorintele partidei nationale din Moldova*(*Les désirs du parti national de Moldavie*) et, aussi, dans le «*Proiectul de Constitutie pentru Moldova*»(*Projet de Constitution pour la Moldavie*)-l'abolition des rangs et des

⁴⁰ Voir Al.E. Silvian, *op.cit.*, p. 202.

⁴¹ Voir Cristian Ionescu, *op.cit.*, p. 248-249.

⁴² Voir Tudor Drăganu, *Începuturile și dezvoltarea regimului parlamentar în România*, Éditions Dacia, Cluj Napoca, 1991, p.39.

⁴³ Voir Nicolae Iorga, *op.cit.*, p. 22(notre traduction).

⁴⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁵ Voir Cristian Ionescu, *op.cit.*, p. 247 et passim.

⁴⁶ La Haute Cour de Révision, Le Grand Divan, Les Divans judiciaires,civiles et criminels de Bucarest et Craiova.

⁴⁷ Voir Vladimir Hanga, *La proclamation d'Islaz et l'influence française*, *op.cit.*, p. 33.

privilèges, l'égalité en matière d'impôts, des droits civils et politiques, l'assemblée du peuple qui provienne de toutes les couches sociales, le principe élu, etc..

La Convention de Paris du 7 août 1858 «avait établi les bases de l'organisation politique des deux principautés roumaines»⁴⁸ et représentait, vraiment, un acte fondamental, mais créé pour les Principautés Roumaines par la volonté des pouvoirs de l'Europe, dans un document international.⁴⁹ Les Principautés jouissaient de l'autonomie interne (la Turquie reste encore le pouvoir suzerain, l'organisation de l'État était fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs (l'Assemblée électorale et en commun la Commission Centrale de Focsani, Prince/Hospodar, la Cour de Cassation).⁵⁰ La Convention de Paris n'a fait que mener à bonne fin ce qu'il y avait à parfaire, l'unification des Principautés.

Le 2 mai 1864 Alexandru Ioan Cuza dissout l'Assemblée électorale⁵¹ et par le plébiscite⁵² impose le *Statut Développé de la Convention de Paris*, copié d'après un acte similaire, italien.⁵³ Certains auteurs considèrent ce statut comme étant la première Constitution de la Roumanie. Le pouvoir législatif s'exerçait, d'une manière collective, par le Prince régnant, l'Assemblée Pondératrice (le Sénat) et l'Assemblée électorale (article II). Même si le Statut a procédé à la modification et au complément de la Convention de Paris, il a signifié un pas important dans l'organisation de l'État roumain et a établi le fonctionnement d'un régime parlementaire; il a confirmé, même brièvement, le principe de la séparation des pouvoirs, il a qualifié le pouvoir exécutif et a eu des conséquences indiscutables pour l'unité de l'État roumain.⁵⁴

Voilà une partie du chemin parcouru jusqu'à la *Constitution de 1866*, qui, selon les paroles de Nicolae Iorga «n'a jamais représentée une réalité acceptée par la conscience nationale, et donc, nous avons vécu avec une constitution formelle, mais sans vraie Constitution»,⁵⁵ parce qu'il a considéré que celle-ci n'est pas née de l'expérience historique de la nation roumaine, mais des besoins d'autrui, des contingences spirituelles d'autrui.⁵⁶

La Constitution sanctionnée par décret par le roi Carol I, et contresignée par le Président du Conseil des Ministres, Lascar Catargiu et par six autres ministres, est entrée en vigueur le 30 juin

⁴⁸ Voir Tudor Drăganu, *op.cit.*, p. 97.

⁴⁹ Voir George Alexianu, *Curs de drept constituțional*, tome I, Éditions Casa Școalelor, București, 1930, p. 423.

⁵⁰ Voir Cristian Ionescu, *op.cit.*, p. 257.

⁵¹ Décret 517 du 2 mai 1864.

⁵² Plébiscite -10/22- 14/26 Mai 1864: de 754.148 citoyens avec droit de vote ont participé 683.928, dont 682.621 citoyens ont dit „OUI” – Voir Ioan Muraru, Mona-Lise Pucleanu, Gheorghe Iancu, Corneliu Liviu Popescu *Constituțiile române*, Éditions Regia Autonomă M.Of., București, 1993, p. 29.

⁵³ Voir Cristian Ionescu, *op.cit.*, p. 258.

⁵⁴ Voir Tudor Drăganu, *op. cit.*, p. 164-165.

⁵⁵ Voir Nicolae Iorga, *op.cit.*, p. 24.

⁵⁶ Voir George G. Meitani, *Studie asupra Cosntituției Românilor sau Explicarea Pactului nostru fundamental din 1 iulie 1866*, București, 1880, Imprimerie Centru, str.Luterană, nr.1.

1866. La Constitution de 1866 a été soumise à la révision trois fois par: la Loi qui révisé de 1879⁵⁷, la Loi sanctionnée par le Décret Royal numéro 1786 du 8 juin 1884⁵⁸ (par cette loi on a remplacé le nom de Principautés Unies et de Prince régnant par Roumanie et Roi),⁵⁹ la Loi sanctionnée par le Décret Royal numéro 721 du 19 juillet 1917⁶⁰. Il faut retenir, que, implicitement, on a effectué des modifications de la Constitution par le Décret Loi(1918, 1919), concernant la citoyenneté, l'octroi des droits aux citoyens.

Malgré les paroles de Nicolae Iorga, il est à apprécier que cette Constitution a posé, dans la même forme, la vie nationale et l'État unitaire roumain, ce qui représente, peut-être, plus qu'on s'est proposé.

Les besoins du moderne État unitaire roumain, les changements produits après la première guerre mondiale, dans toute l'Europe, au niveau de l'organisation des États, ont imposé la rédaction d'une nouvelle Constitution.

L'évolution constitutionnelle de la Roumanie situe la *Constitution de 1923* dans la série des événements de grande signification, parce que son adoption consacre «l'achèvement de l'État national unitaire»⁶¹, à la suite de l'unification de la Basserabie et de la Transylvanie avec le pays.

Le projet de la Constitution de 1923 a été élaboré par le Parti National Libéral et a été adopté dans L'Assemblée Nationale Constituante des Députés, le 26 mars 1923, et sanctionnée, le 28 mars 1923 par Décret Royal⁶².

La *Constitution de 1938* du roi Carol II (dont les effets ont été suspendus le 5 septembre 1940) a annulé la Constitution de 1923; par le Décret Royal numéro 1626 du 31 août 1944, partiellement et avec modifications, celle-ci a été remise en vigueur⁶³ et puis définitivement abrogée par la Loi 363 du 30 septembre 1947, pour la constitution de l'État Roumain en République Populaire Roumaine.⁶⁴

Puis il y a eu les *Constitutions du pouvoir communiste*: 1948(modifiée par une seule loi), 1952(modifiée par 11 actes normatifs), 1965(modifiée par 10 lois). Toutes ces lois de modifications représentent, pratiquement, des actes de révision de la Constitution. Il est à remarquer que ces Constitutions et actes de révision ont fait l'objet des lois simples de la Grande Assemblée Nationale, mais elles n'ont jamais été soumises à la volonté nationale par référendum.

⁵⁷ Publiée dans M.Of. nr.232 du 13/25 octobre 1879.

⁵⁸ Publiée dans M.Of. nr.51 du 8/20 juin 1884.

⁵⁹ Voir Ioan Mureşan, ş.a., *op.cit.*, p. 67.

⁶⁰ Publiée dans M.Of. nr.93 du 20 juillet (2 août) 1917.

⁶¹ Voir Ioan Muraru, ş.a., *op.cit.*, p. 93.

⁶² Publié dans M.Of. nr.300 bis du 30 décembre 1947.

⁶³ Voir Ioan Murar, ş.a., *op.cit.*, p. 94.

⁶⁴ Publiée dans M.Of. nr.300 bis du 30 décembre 1947.

Au contraire, reprenant une pratique démocratique plus vieille, la *Constitution de 1991*, et, ultérieurement son acte de révision, ont été faits par référendum. Si la Constitution de 1991 reflète dans une petite mesure la prééminence du droit européen devant le droit interne (l'article 11 alinéa 2-les traités ratifiés par le Parlement font partie du droit interne, conformément à la loi, l'article 20 concernant les traités internationaux au sujet des droits de l'homme), la Constitution, après sa révision en 2003, a accepté la suprématie des normes de droit européen sur le droit roumain. Ainsi, en dehors du complètement et de la modification des prévisions de l'article 11, on a introduit un autre titre (titre VI) qui se réfère, en particulier, à l'intégration européenne. Pratiquement, le transfert d'une attribution de l'État roumain vers les institutions communautaires, ainsi que l'exercice en commun de certaines compétences prévues dans ces traités, sera fait par le Parlement et non par référendum.

Le projet de la Constitution Européenne établit clairement que l'Union Européenne exerce une compétence qui lui a été donnée sur la base du principe d'attribution par les États membres et fondée sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité. D'ailleurs la Constitution Européenne et le droit adopté par les institutions de l'Union dans l'exercice des compétences ont de la priorité devant le droit des États membres.

Avant de définir le concept de «concert européen», on doit comprendre le sens actuel des les mots de Nicolae Iorga qui disait: «[C]herchons une nouvelle Constitution aux deux grandes sources auxquelles on peut toujours s'adresser en sûreté: notre passé, qui est expérience humaine vérifiée, et l'âme des masses profondes de notre peuple qui, plusieurs fois, demande moins qu'on demande pour les elles par les gens qui n'ont peut-être pas de mandat en règle de la part des classes populaires, mais ce qu'elles prétendent, c'est qu'il n'y ait plus de formes hypocrites, mais la réalité fructueuse et utile à tous».⁶⁵

Si, en général, les Constitutions reflètent la conscience nationale des peuples qui ont créé ces actes fondamentaux pour leur existence, il y a une question qui se pose: où se dirige l'Union Européenne? Ou, paraphrasant Malraux, on se demande si le XXI^e siècle sera celui de la réalisation européenne, ou il ne sera pas du tout. Le professeur allemand Imanuel Geiss, tout en mettant en discussion la globalisation et le nouvel ordre mondial, arrivait à la conclusion que «malgré toutes les tendances d'égaliser et de niveler les conditions de vie *externes* des sociétés modernes, industrialisées, d'une manière profonde, les grandes cultures du monde sont restées, du point de vue *interne*, étrangères. Dans leurs modalités fondamentales de penser, elles[les sociétés] sont encore l'expression de l'application différente des grands principes destinés à déterminer le comportement

⁶⁵ Voir Nicolae Iorga, *op.cit.*, p. 24 (notre traduction).

et à ordonner la vie commune des gens, sous l'influence desquels se sont développés les centres de culture et de pouvoir majeurs».⁶⁶

Le processus d'intégration européenne se trouve devant un chemin plus long et plus difficile que celui parcouru par le héros grec Ulysse, de son retour à la maison, après la guerre de Troie; et tout cela parce qu'on essaie de faire cette coagulation, non par voie naturelle, par la photosynthèse des cultures, mais par des coups de bélier appliqués aux économies sous-développées par les économies arrivées à la saturation, presque. Les paradigmes qui s'en détachent, nous montrent que, d'abord, on aurait dû faire le mélange des noyaux spirituels, pour réaliser une homogénéité intérieure et, seulement après, passer aux solutions macro et micro-économiques. Sans fondement réel, il n'est pas exclu que l'Union Européenne s'écroule à cause des différences économiques, culturelles et de langage entre les États membres.⁶⁷

Sans aucun doute, dans le langage de l'intégration européenne, certaines notions (tradition, national, patriotisme, conscience nationale) n'ont plus leur place, elles sont démodées, apparemment. Et pourtant, nous estimons que les Constitutions nationales n'ont pas perdu de leur importance, parce que le processus d'intégration peut être de longue durée, ainsi que le processus de fusion de diverses cultures européennes. Lorsqu'on pourra parler d'une conscience nationale européenne, l'Union Européenne sera accomplie.⁶⁸

⁶⁶ Voir Imanuel Geiss, *Din preistorie până în anul 2000*, Éditions All Educațional, Bucuresti, 2002, p. 528(notre traduction).

⁶⁷ Milton Friedman, lauréat du Prix Nobel considérait que, pour la survivance de l'Union Européenne, on doit renoncer au niveau élevé des frais se libérer du fardeau des règles autoimposées-le Journal *Cotidianul* du 18.05.2004.

⁶⁸ Certains critiques du système intégrationniste européen ne voient pas, dans ce processus, qu'une manipulation de la gauche, qui continue «le mythe» de l'internationale socialiste de la période communiste-voir Vladimir Bukovschi, *Reusesti sau mori*, Éditions Humanitas, Bucuresti, 2003, p.16-24.

L'IMMUNITÉ DU PRÉSIDENT APRÈS LA RÉVISION DE LA CONSTITUTION DE LA ROUMANIE

Lucian CHIRIAC, *L'Université „Petru Maior” Tg.-Mureș*, ROUMANIE

Résumé: *Le Président, ainsi que les députés et les sénateurs, ont été dotés d'immunité. L'immunité constitue, du point de vue juridique, une exception aux règles de droit ordinaires. La Constitution de 1991, révisée, prévoit, dans l'article 84 alinéa 2, que le Président de la Roumanie jouit d'immunité, notion qui renvoie également aux sénateurs et aux députés (article 72 alinéa 1) et on lui attribue, ainsi, le caractère du «régime de protection de type parlementaire». Dans ce cas, le concept d'immunité qui se réfère au sens qu'elle a, à l'égard des parlementaires, a deux composantes: l'irresponsabilité et l'inviolabilité.*

Une fois élu, pendant son mandat le Président jouit d'une certaine protection dans l'idée de «garantir l'indépendance et la probité de l'exercice de la fonction».¹

C'est ainsi qu'on explique que le Président, ainsi que les députés et les sénateurs, ont été dotés d'immunité.²

L'institution de l'immunité a ses débuts à l'époque du morcellement féodal, étant d'abord un privilège octroyé par le monarque féodal à un noble ou à l'église, privilège par lequel on interdisait aux fonctionnaires du pouvoir d'exercer leurs attributions administratives, fiscales ou judiciaires sur les domaines qui appartenaient à ces nobles ou à l'église.³ Cette délégation de privilèges était expliquée dès que le monarque se considérait administrateur, législateur et juge suprême, et, par son pouvoir divin, il se trouvait au-dessus des lois.⁴

¹ Voir Ion Deleanu, *Drept constituțional și instituții politice*, tome .II, Éditions de la fondation Chemarea Iași, 1992, p.216.

² Voir Ioan Muraru, Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, IXe édition revue et complétée, Éditions Lumina Lex, Bucuresti, 2001, p. 561.

³ Voir Vladimir Hanga, *Études d'histoire du droit*, tome II, Éditions Servo-Sat, 1997, Arad, p.5-6.

⁴ Voir Tudor Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice - tratat elementar*, tome II, Éditions Lumina Lex, 1998, p. 300.

L'irresponsabilité politique devant le Parlement et la totale irresponsabilité pénale du chef d'État est consacrée dans les monarchies absolues, où le souverain considérait l'État comme sa propriété. «L'État c'est moi» avait dit Louis XIV au président du Parlement français qui s'opposait à un de ses édits. D'ailleurs les régimes absolutistes se sont considérés légitimes et Louis XVI, lui-même croyait que «toute décision qu'il avait prise a été légale, car c'était sa volonté».⁵

L'immunité a évolué en même temps que l'institution du chef d'État et tous les organes de l'État, mais sans apporter de changements majeurs. L'immunité du chef d'État pour ses infractions commises dans l'exercice de sa fonction a été gardée, sauf les cas de haute trahison et la responsabilité pour d'autres infractions qui n'ont pas de rapport avec sa fonction.⁶ Cette règle est propres aux républiques à régime présidentiel, semi-présidentiel où il y a l'obligation de contresigner les actes par le premier-ministre, le ministre, ou celles à régime parlementaire.⁷

D'abord on a imposé l'institution de la responsabilité ministérielle et d'ici, il n'y a eu qu'un pas jusqu'à la mise sous accusation du président en tant que chef de l'exécutif (la procédure *impeachment* dans la Constitution des États Unis).⁸

Il faut remarquer, dans l'histoire constitutionnelle de la Roumanie, dans les commentaires d'après la Constitution de 1866, le rôle joué par Alexandru Papiu Ilarian-procureur général de la Cour de Cassation et de Justice- et de G.G.Meitani, dans la défintion de la responsabilité ministérielle,⁹ dans le système politique de l'époque,

*L'immunité constitue, du point de vue juridique, une exception aux règles de droit ordinaires.*¹⁰

La Constitution de 1991, révisée, prévoit, dans l'article 84 alinéa 2, que le Président de la Roumanie jouit d'immunité, notion qui renvoie également aux sénateurs et aux députés (article 72 alinéa 1) et on lui attribue, ainsi, le caractère du «régime de protection de type parlementaire».¹¹

Dans ce cas, le concept d'immunité qui se réfère au sens qu'elle a, à l'égard des parlementaires, a deux composantes: l'irresponsabilité et l'inviolabilité.

L'irresponsabilité du président signifie que celui-ci ne répond pas pour les votes ou pour les opinions politiques exprimés pendant l'exercice de son mandat¹², pour les actes juridiques ou les opérations matérielles ou techniques accomplies dans le cadre de ses attributions¹³ (la responsabilité

⁵ Voir *Dicționar de politică*, Éditions Universul Enciclopedic, București, 2001, p. 9.

⁶ Voir Tudor Drăganu, *op.cit.*, p. 300-301.

⁷ *Ibidem*, p. 301.

⁸ Voir Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, tome I, IIIe édition, Éditions All Beck, Bucuresti, 2001, p. 322-323.

⁹ Voir Tudor Drăganu, *Începuturile și dezvoltarea regimului parlamentar a României până în 1916*, Éditions Dacia, Cluj, 1991, p. 311-312.

¹⁰ Voir Vladimir Hanga, *op.cit.*, p. 8.

¹¹ Voir Constantin Ionescu, *Tratat de drept constituțional contemporan*, Éditions All Beck, Bucuresti, 2003, p. 736.

¹² Art. 84 alin. 2 thèse II, art. 72 de la Constitution.

¹³ Voir Tudor Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice*, *op.cit.*, p. 302.

revient au premier-ministre ou au ministre qui ont l'attribution de contresigner); mais, en même temps, cette irresponsabilité suppose que le président est défendu de responsabilité, durant son mandat et après la fin de celui-ci¹⁴, pour les faits pénaux, contraventionnels ou générateurs de préjudices commis en rapport avec les prérogatives de sa fonction.¹⁵ Le Président peut répondre juridiquement, après la fin de son mandat pour les faits pénaux ou civils commis pendant cette période et sans rapport avec l'exercice de la fonction.¹⁶

L'*inviolabilité* du Président suppose que celui-ci répondra pour n'importe quel fait commis et qui n'a pas de rapport avec la fonction exercée.¹⁷ Par conséquent, l'immunité dont jouit le Président pendant son mandat ne le protège pas après la fin du mandat, de sorte qu'il peut être perquisitionné, retenu, arrêté, ou envoyé en jugement pénal ou contraventionnel, conformément aux règles du droit commun.¹⁸

En général, la littérature juridique considère que la responsabilité du Président peut être politique ou juridique.¹⁹

La *responsabilité politique* (définie par le professeur Antonie Iorgovan comme une responsabilité administrative disciplinaire)²⁰ suppose: a) la responsabilité du Président envers les électeurs; b) la suspension de fonction, suivie de la destitution du Président.²¹

Conformément à l'article 95 alinéa 1 de la Constitution la suspension du Président intervient dans le cas où celui-ci commet des faits graves, par lesquels on viole les prévisions constitutionnelles. Mais le syntagme *faits graves* n'est pas expliqué dans le texte constitutionnel, ce qui signifie que le sens de l'expression est laissé à l'appréciation, même discrétionnaire, de celui qui propose la suspension.

La suspension peut être initiée par le tiers, au moins, du nombre total des députés et sénateurs et, immédiatement portée à la connaissance du Président.

Conformément aux articles 95 alinéa 1 et 146 lettre h de la Constitution, la Cour Constitutionnelle doit être consultée; elle donne un avis consultatif²² à la proposition de suspension de fonction du Président de la Roumanie. L'avis consultatif, qui a la nature d'un acte procédural préalable au scrutin, doit être demandé; mais, selon nous, le Parlement n'est pas obligé de tenir

¹⁴Voir Mihai Constantinescu, Ion Deleanu, Antonie Iorgovan, Ioan Muraru, Florin Vasilescu, Ioan Vida, *Constituția României - comentată și adnotată*, Éditions Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 1992, p. 192.

¹⁵ Voir Rodica Narcisa Petrescu, *Drept administrativ*, Éditions Cordial Lex, Cluj-Napoca 2001, p. 64.

¹⁶ Voir Ioan Vida, *Puterea executivă și administrația publică*, Éditions Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 1994, p.70.

¹⁷Voir Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Éditions Nemira, București, tome II, 1996, p. 420.

¹⁸ Voir Tudor Drăganu, *op.cit.*, p. 302.

¹⁹ Voir Rodica Narcisa Petrescu, *op.cit.*, p. 64.

²⁰ Voir Antonie Iorgovan, *op.cit.*, p. 421.

²¹ Voir Ion Deleanu, *Drept constituțional și instituții politice – tratat*, Éditions Europa Nova, 1996, tome II, p. 365 – l'auteur considère la démission comme une sanction exclusivement politique.

²²Voir Antonie Iorgovan, *op.cit.*, 2001, p.320.(sur l'avis de la Cour Constitutionnelle)

compte de l'opinion qui s'y trouve. Par conséquent, même dans le cas d'un avis négatif, le Parlement a la liberté de voter pour la suspension du Président. La proposition de suspension, accompagnée de preuves, est envoyée, en copie, par le président qui a conduit la séance commune des Chambres, à la Cour Constitutionnelle. La procédure pour émettre l'avis consultatif est prévue par les articles 31-32 de la Loi 47/1992, concernant l'organisation et le fonctionnement de la Cour Constitutionnelle.²³

Sans être une obligation le Président peut offrir, au Parlement réuni en séance commune, des explications au sujet des faits qu'on lui impute et ensuite on passe au scrutin. Pour être approuvée, la proposition de suspension a besoin du vote de la majorité des députés et sénateurs. Une fois la proposition approuvée, la Cour Constitutionnelle, de nouveau saisie (article 146 lettre g de la Constitution), constate l'existence des circonstances qui justifient l'intérimat. C'est à ce moment que s'installe l'intérimat de la fonction de Président, ce qui présuppose que les prérogatives de la fonction seront accomplis, temporairement, soit par le président du Sénat, soit par le président de la Chambre des Députés, qui, à leur tour, répondront politiquement et juridiquement, conformément aux articles 95 et 97 de la Constitution. Dans cette procédure le rôle de la Cour Constitutionnelle est privé de toute importance, bien qu'elle soit la seule à se prononcer, même en tant qu'instance de contrôle, sur la gravité des faits imputables, vis-à-vis de la violation de l'ordre et de la démocratie constitutionnelle.

La suspension de fonction du Président n'est autre chose, dans ce cas, qu'une procédure préalable, obligatoire, qui suppose faire connaître au président et aux électeurs les faits graves par lesquels on a violé les prévisions constitutionnelles.

La destitution proprement-dite, comme sanction politique et juridique a lieu, si le Parlement, par sa décision, organise un référendum national, dans les conditions prévues par la Loi 3/2000²⁴, et la proposition réunit le vote de la majorité des citoyens inscrits sur les listes électorales (article 10 de la Loi 3/2000). La mesure de la destitution de fonction du Président de la Roumanie entre en vigueur à la date de la publication, dans le Journal Officiel de la Roumanie, la première partie, de l'arrêt de la Cour Constitutionnelle qui confirme les résultats du référendum national (article 45 alinéa 2 de la Loi 3/2000).

Conformément à l'article 8 de la Loi 3/2000 le référendum s'établit par la décision du Parlement, qui, selon l'article 93 alinéa 3 de la Constitution, doit être prise le même jour que l'approbation de la proposition de suspension de fonction, car le délai de 30 jours, selon le calendrier, commence à ce moment même. Le terme étant impératif, nous considérons que la

²³ Républiée dans le M.Of. nr.187 du 7 août 1997.

²⁴ Républiée dans le M.Of. nr. 84 du 24 février 2000.

suspension cesse de droit, à la fin des 30 jours, si le référendum n'a pas été organisé avant.²⁵ La suspension cessera de droit, aussi, à partir de la date de publication, dans le Journal Officiel, de l'arrêt de la Cour constitutionnelle,²⁶ dans le cas où l'électorat va rejeter par scrutin la demande de destitution du Président par référendum.

Dans notre opinion, aussi, le vote négatif de l'électorat représente implicitement «un retrait de la confiance» provoquant une crise parlementaire qui ne peut pas être résolue qu'en désignant un nouveau Parlement²⁷, bien que la Constitution ne prévoise pas cette situation.

La responsabilité juridique du Président part de la prémise que, bien que celui-ci ne réponde pas du point de vue pénal et civil pour les actes juridiques et les opérations techniques et matérielles commises ou pour les opinions exprimées, dans l'exercice de sa fonction²⁸, pourtant conformément à l'article 96 de la Constitution, on institue à la charge du Parlement un contrôle de saisine²⁹; dans cet article on prévoit que la Chambre des députés et le Sénat, en séance commune, peuvent décider la mise sous accusation du Président pour haute trahison, avec le vote de deux tiers du nombre des sénateurs et députés, au moins. Depuis la mise sous accusation et jusqu'à la date de la destitution, le Président est suspendu de droit.³⁰ La compétence matérielle de jugement appartient à la Haute Cour de Cassation et de Justice, dans les conditions de la loi (article 96 alinéa 4).

Premièrement, il est à remarquer, par rapport au texte constitutionnel, que le législatif roumain a réduit cette responsabilité juridique à la seule responsabilité pénale, et cela seulement pour la haute trahison; pour le reste, il a maintenu intacte l'immunité pénale, civile et contraventionnelle du Président pour ses faits liés à l'exercice des prérogatives de sa fonction. Par la disposition expresse de l'article 84 alinéa 2 de la Constitution, on applique la règle établie par la Constitution révisée par l'article 72 alinéa 1, et rien de plus, ce qui signifie que le législatif constituant n'a pas voulu développer les autres dispositions concernant le Parlement et le Président.

Deuxièmement, il faut observer que cette responsabilité pénale est reprise telle quelle de la Constitution de la France du 4 octobre 1958. Conformément à l'article 68 de la Constitution française, le Président de la République n'est pas responsable de ses actions entreprises pendant l'exercice de sa fonction que dans le cas de haute trahison. Il ne peut être mis sous accusation que par les deux Chambres qui décident, par scrutin identique, pendant une séance publique, avec la majorité absolue de leurs membres. Le président est jugé par la Haute Cour de Justice.

²⁵ Dans ce sens voir Ion Deleanu, *Drept constituțional și instituții politice*, tome .I, 1992, p. 217.

²⁶ Voir Ion Deleanu, *op.cit.*, p. 217; Cristian Ionescu, *op.cit.*, p. 739.

²⁷ Voir Antonie Iorgovan, *op.cit.*, 2001, p. 332.

²⁸ Voir Tudor Drăganu, *op.cit.*, p. 162-163.

²⁹ *Ibidem*, p.162.

³⁰ La suspension de droit, dans ce cas a été introduite après la révision de la Constitution. Mais cette fois il n'est pas nécessaire l'avis consultatif ou la constatation de la Cour Constitutionnelle. Contrairement, voir Cristian Ionescu,

Troisièmement, il faut mentionner que la compétence d'établir si le Président répond ou non du point de vue pénal, revient seulement à la Haute Cour de Cassation et Justice (article 96 alinéa 2 de la Constitution) en première et dernière instance. Conformément à l'article 2 du Protocole du 22 novembre 1984 à la *Convention pour la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, signée à Rome, le 4 novembre 1950, toute personne déclarée coupable d'une infraction, a droit à deux degrés de juridiction, sauf celui qui a été jugé en première instance par la plus haute juridiction. Par conséquent, dans notre opinion, le Président qui se trouve dans une situation pareille, ne jouit pas du droit au recours.³¹

Par la décision du Conseil Constitutionnel de France du 22 janvier 1999, on a décidé que la responsabilité pénale du Président de la République ne pouvait pas être établie que par la Cour Suprême de Justice.

Dernièrement, il est à observer que cette compétence se limite seulement aux faits commis pendant son mandat de Président et en liaison avec sa fonction. La justice française, obligée à se prononcer sur sa compétence d'instrumenter les cas où le Président de la République Française a été impliqué avant de commencer son mandat, a recouru à une décision du Conseil Constitutionnel d'octobre 2000 qui établissait que toute poursuite pénale devant les instances ordinaires de droit commun est suspendue pendant la période de l'exercice du mandat présidentiel.

L'infraction de haute trahison est incriminée comme telle par l'article 96 (le texte introduit après la révision de la Constitution) de la Constitution de la Roumanie et constitue une variante en forme qualifiée et aggravante de l'infraction de trahison prévue dans l'article 155-157 du Code pénal.³² Cette infraction de haute trahison a un sujet qualifié, qui est, exclusivement le Président de la Roumanie et peut être commise seulement pendant que l'auteur accomplit la fonction qui attire sa caractérisation comme infraction.

Dans la littérature de spécialité on a exprimé l'opinion que cette infraction est autonome, distincte de l'infraction de trahison prévue par le Code pénal et que le Parlement est tenu de motiver sa décision, en définissant les éléments constitutifs du fait déduit au jugement à condition que cette motivation soit admise par la Haute Cour de Cassation et de Justice.³³

Dans notre opinion, cette position est excessive, et viole le principe *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Même si cette infraction est incriminée dans la Constitution, elle ne peut pas avoir un caractère autonome, d'autant plus qu'elle doit prévoir une sanction aussi. Par conséquent, une telle approche du problème a une lacune, tant que l'infraction, outre le fait qu'elle n'est pas

Constituția României. Legea de revizuire comentată și adnotată cu dezbateri parlamentare, Éditions All Beck, Bucuresti, 2003. p. 164.

³¹ Contrairement, voir Antonie Iorgovan, *op.cit.*, 2001, p. 336.

³² Voir Tudor Drăganu, *op.cit.*, p. 162-163.

³³ Voir Ioan Vida, *Puterea executivă și administrația publică*, p. 72.

décrite dans ses éléments obligatoires qui la composent, elle n'a aucune sanction. Donc, il est normal, au moment de l'analyse de l'existence de l'infraction, qu'on fixe comme points de référence les éléments du fait de trahison prévu dans le Code pénal (objet, sujet, la part objective et subjective), et pour l'aggravante qu'on prenne en considération les dispositions de l'article 96 de la Constitution. Ainsi, une fois que l'infraction n'est pas déterminée comme telle, par une loi, même constitutionnelle, elle ne peut avoir comme conséquence la punition de la personne coupable, une fois que ses faits n'ont pas été incriminés comme illicites. Le seul fondement de la responsabilité juridique pénale est l'infraction.

Il est vrai que dans l'application de l'article 96 de la Constitution, dans le Règlement des séances communes des Chambres, on a expliqué que la procédure de mise sous accusation du Président commence seulement, sur la base d'une requête-proposition-signée par la majorité des députés et sénateurs; la requête, en soi, doit comprendre la descriptions des faits qui sont imputés et leur encadrement juridique, mais cela ne change en rien le fait que, en réalité, le cadre juridique illicite des faits qui se trouveraient sous l'incidence de cette infraction n'est pas établi.

Dans cet ordre d'idées, il est à discuter si, par hasard, le Parlement, dans sa décision de mise sous accusation, par la description des faits, n'incrimine pas, d'une manière rétroactive, comme infractions (peut-être une vengeance politique) des faits qui, dans d'autres circonstances, auraient pu conduire, même implicitement, à la réclamation, à la Haute Cour de Cassation et de Justice. Si, dans l'article 73 lettre h de la Constitution, on établit que les infractions et les punitions, le régime de leur exécution est fixé par loi organique, d'autant plus qu'une telle incrimination, par les raisons démontrées, doit être contenue dans une loi et non pas laissée à la discrétion d'un Parlement, plus ou moins bienveillant. Dans la conception actuelle sur cette infraction, selon notre avis, aucun Président ne va pas répondre du point de vue pénal pour l'infraction de haute trahison et d'autant plus que la seule sanction possible est la destitution de fonction.

Un problème qui suscite des discussions est la modalité de réclamation à la Haute Cour de Cassation et de Justice.

La littérature juridique soutient que la décision du Parlement de mise sous accusation du Président de la République ne suffit pas pour la Haute Cour de Cassation et de Justice, pour qu'elle se considère légalement saisie.³⁴ Conformément à cette opinion, la mise sous accusation devrait être transmise au Parquet Général, qui, dans les conditions de la loi de procédure pénale, respectivement par le réquisitoire, va saisir l'instance compétente-la Haute Cour de Cassation et de Justice. Donc, on soutient, dans cette opinion que le vote du Parlement n'a que la signification de la saisine du Parquet Général, mais il ne peut constituer une obligation juridique, sous l'aspect de l'existence du

³⁴ Voir Antonie Iorgovan, *op.cit.*, p. 426; Ioan Vida, *op.cit.*, p. 72.

fait pénal. Il n'est pas exclu que le Parquet Général arrive à la conclusion que l'accusation de haute trahison, ne peut pas se concrétiser, dans une accusation strictement technico-juridique, aussi, d'accomplissement d'une infraction, ce qui aurait comme effet, la libération du Président de la poursuite pénale.³⁵ Cette opinion -on a mentionné dans la littérature juridique- a le rôle de réduire les effets juridiques de l'institution de la mise sous accusation par le Parlement à la dimension d'une simple dénonciation pénale, à laquelle le Parquet a la liberté de donner ou non cours.³⁶

Il est à discuter, vraiment, si le Parlement a encore l'obligation de saisir le Procureur Général, pour que celui-ci, à son tour, commence la poursuite pénale, qu'il mette en mouvement l'action pénale et par le réquisitoire, qu'il dispose la mise en jugement du Président, en qualité d'inculpé. Selon nous, le législateur constituant, lorsqu'il a utilisé la notion de «mise sous accusation», a compris que le Parlement, par sa propre investigation et prouvant *bona fides*, se substitue à tout organe d'investigation pénale ou de poursuite pénale; par la suite la décision de l'assemblée législative équivaut à la mise en mouvement de l'action pénale et a le rôle du réquisitoire et saisit l'instance suprême, car c'est une procédure particulière, établie par une loi particulière (la mise sous accusation) et qui se soustrait aux règles générales et de droit commun dans la matière du procès pénal.

Même si nous acceptons l'idée que la saisine de la Haute Cour de Cassation et de Justice doit être faite par réquisitoire par le Procureur Général, nous ne croyons pas que nous sommes en présence d'une dénonciation pénale, faite dans les conditions de l'article 221 et suivant du Code de procédure pénale. Une fois saisi par les faits, le procureur n'a plus la liberté de faire des appréciations sur la culpabilité, il ne peut plus opérer avec les institutions comme le non-commencement de la poursuite pénale, la cessation de la poursuite pénale ou la libération de la poursuite pénale. Il procédera, purement et simplement, à la mise en mouvement de l'action pénale et émettra le réquisitoire. Le Procureur Général est plutôt un organe subordonné à l'exécutif, ainsi qu'il serait très difficile de lui reconnaître un droit de censurer les décisions du Parlement sans violer le principe de la séparation des pouvoirs de l'État et sans le risque de diminuer la signification même de l'acte de mise sous accusation du Président de la République. Si la saisine de la Haute Cour de Cassation et de Justice sera faite, directement, par le Parlement, nous ne voyons pas comment l'accusation pourrait être soutenue par un procureur. Dans ce cas, le rôle de l'accusation devrait être confié à un représentant de l'auteur de la saisine de l'instance suprême.³⁷

³⁵ Voir Antonie Iorgovan, *op.cit.*, p. 426.

³⁶ Voir Tudor Drăganu, *op.cit.*, p. 303.

³⁷ L'accusation sera soutenue par le procureur général ou son substitut, voir Antonie Iorgovan, *op.cit.*, p. 335.

La Haute Cour de Cassation et de Justice qui juge en sections unies, pourra prononcer n'importe quelle solution, de condamnation, d'acquiescement ou de disposer la cessation du procès pénal.

À la date où la décision de condamnation devient définitive, le Président de la République est démis de droit (article 96 alinéa 3 de la Constitution).

Dans la littérature juridique, on a posé, aussi, le problème si le président de la République, pendant son mandat, peut être appelé comme témoin devant les instances judiciaires ou les commissions d'enquête parlementaire.³⁸ Bien que les dispositions constitutionnelles se référant à l'immunité du Président aient un caractère exceptionnel et soient de stricte interprétation, cela n'empêche en rien que celui-ci, tant qu'il est en fonction, soit écouté comme témoin, à condition que les faits pour lesquels on l'interroge, n'aient rien en commun avec les prérogatives qu'il exerce.³⁹ Le même problème s'est posé en France, où, on a exprimé l'opinion que les magistrats ont la compétence d'écouter le Président en qualité de témoin assisté pour des faits qui ont eu lieu avant le commencement de son mandat; on a considéré, aussi, que les juges n'ont pas la compétence d'effectuer des actes d'instrumentation qui visent le Président de la République, en exercice, d'autant plus qu'on apprécie que le statut du témoin assisté est assimilable à une action de poursuite.

La personne, pour laquelle la qualité de chef de l'État roumain a cessé, à la suite de l'accomplissement d'une infraction pour laquelle il a été condamné définitivement ou à la suite de la destitution de fonction par référendum, ne peut bénéficier des facilités conférées par la Loi 406/2001, en ce qui concerne l'octroi des droits aux personnes qui ont eu la qualité de chef de l'État roumain (l'utilisation gratuite d'une habitation de protocole, une indemnité mensuelle, une protection, l'utilisation gratuite d'une voiture).⁴⁰

³⁸ *Ibidem*, p. 304.

³⁹ *Ibidem*, p. 304; Ioan Vida, *op.cit.*, p. 70.

⁴⁰ Publiée dans le M.Of. nr. 386 du 16 juillet 2001.

THE CROSS-BORDER INSOLVENCY. THE EU REGULATION AND NATIONAL LEGISLATION

Dana VOLOSEVICI, “Petroleum – Gas” University of Ploieşti, ROMANIA

Abstract: *The EU Regulation on Insolvency Proceedings aims to impose discipline on insolvency laws applicable to EU cross-border insolvencies where the centre of the main interest of the debtor is within the EU. However, the Regulation does not require the Member States to adjust their local insolvency and other legislation.*

For many years, the EU member states acknowledged the lack of coordination in cross-border insolvencies. In 1995, after several years of extensive negotiations, an agreement was reached between the Member States on the text of a convention signed on 23 November 1995, requiring signatory parties to adjust their national insolvency laws. The UK, however, failed to sign the Convention in the allocated time and, as a result, the convention lapsed on 26 May 1996. The requirement that all Member States amend their national insolvency laws was never implemented.

But the text of the convention was transposed into the EU Regulation on Insolvency Proceedings signed in Brussels on 29 May 2000 which came into force on 31 May 2002.

Unlike the convention, the Regulation does not require the Member States to adjust their local insolvency and other legislation.

The regulation applies to “collective insolvency proceedings which entail the partial or total divestment of a debtor and the appointment of a liquidator”. It applies equally to all proceedings, whether the debtor is a natural or a legal person, a trader or an individual. However, it does not apply to insolvency proceedings concerning: insurance undertakings, credit institutions, investment undertakings which provide services involving the holding of funds or securities for third parties, collective investment undertakings.

The courts with jurisdiction to open insolvency proceedings are those of the Member States where the debtor has its centre of main interests. In the case of a company or legal person, this is the place of the registered office, in the absence of a proof to the contrary. The Regulation applies only to proceedings where the centre of the debtor's main interests is located in the Community

Secondary proceedings may be opened subsequently to liquidate assets located in another Member State. In some cases, such proceedings may be opened before the main proceedings if the local creditors and the creditors of the local establishment request it or where main proceedings cannot be opened under the law of the Member State where the debtor has his main centre of interests.

The law of the Member State in which proceedings are opened determines all the effects of those proceedings: the conditions for the opening of the proceedings, their conduct and their closure, and questions of substance (definition of debtors and assets, effects of proceedings on contracts, individual creditors, claims, etc.). There are also provisions guaranteeing the main rights of creditors and sellers throughout the Community.

Rights to immovable property are governed solely by the law of the Member State where the property is situated. Similarly, employment contracts and relationships, and the rights and obligations of parties to a payment or settlement system or to a financial market are governed solely by the law of the Member State which is applicable to them.

The effects of insolvency proceedings on the rights and obligations of the parties to a payment or settlement system or to a financial market shall be governed solely by the law of the Member State applicable to that system or market. But the rule shall not preclude any action for voidness, voidability or unenforceability which may be taken to set aside payments or transactions under the law applicable to the relevant payment system or financial market.

The effects of insolvency proceedings on employment contracts and relationships shall be governed solely by the law of the Member State applicable to the contract of employment. In this way, it is considered that the employers' rights might be protected.

Recognition of insolvency proceedings

Any judgment opening insolvency proceedings handed down by a court of a Member State which has competent jurisdiction shall be recognized in all the other Member States from the time that it becomes effective in the State of the opening of proceedings. This rule shall also apply where, on account of his capacity, insolvency proceedings cannot be brought against the debtor in other Member States. Decisions by the court with jurisdiction for the main proceedings are recognised immediately in the other Member States without further scrutiny, except where the

effects of such recognition would be contrary to the State's public policy or in the case of judgments which might result in a limitation of personal freedom or postal secrecy.

Power of liquidator

According to Art. 2(b) of the regulation, "liquidator" shall mean any person or body whose function is to administer or liquidate assets of which the debtor has been divested or to supervise the administration of his affairs. A list of these persons and bodies in each country is annexed to the Regulation.

The liquidator appointed by a court which has jurisdiction pursuant to Article 3(1) may exercise all the powers conferred on him by the law of the state of the opening of proceedings in another Member State, as long as no other insolvency proceedings have been opened there nor any preservation measure to the contrary has been taken there further to a request for the opening of insolvency proceedings in that State. He may in particular remove the debtor's assets from the territory of the member state in which they are situated. The liquidator appointed by a court which has competent jurisdiction may in any other Member State claim through the courts or out of court that moveable property was removed from the territory of the state of the opening of proceedings to the territory of that other member state after the opening of the insolvency proceedings. He may also bring any action to set aside which is in the interests of the creditors. In exercising his powers, the liquidator shall comply with the law of the member state within the territory of which he intends to take action, in particular with regard to procedures for the realization of assets. Those powers may not include coercive measures or the right to rule on legal proceedings or disputes.

Secondary insolvency proceedings

The liquidator in the main proceedings has a dominant role in secondary proceedings: he may apply for the opening of secondary proceedings, propose a restructuring plan or composition, or apply for realization of the assets to be suspended.

Secondary proceedings are restricted to the assets of the debtor located in the other Member State. The applicable law is that of the Member State in which the secondary proceedings are opened. Proceedings may be opened by any person or authority authorized by that Member State or by the liquidator in the main proceedings. They are closed with the agreement of the latter.

The various liquidators involved in the main proceedings and in secondary proceedings are duty bound to provide mutual information and to cooperate with each other. They keep each other informed, in particular regarding any claims which have been lodged.

According to the private international law no.105/1992, Art. 150, the Romanian courts are competent to judge any insolvency proceeding related to a foreign company having its headquarters

in Romania. But, as the doctrine has already pointed out, according to the same law, if a company has its headquarters in Romania, it has Romanian nationality. In the end, the art.150 refers to agencies and subsidiaries of a foreign company.

The international private law does not clarify the situation of a foreign company which has its assets in Romania, no matter if there are movables or immovable, but the doctrine decided that, in this specific case, the Romanian courts have not jurisdiction relating to the insolvency. The provision of the Art.151 cannot be applicable, since the insolvency procedure is unitary and collective, and it cannot be split for every asset of the debtor.

Another problem related to the international private law and to the insolvency is the recognition of the foreign Courts decision. The procedure is stated by the Art.167 of the Law no. 105/1992. The law also settles the rules for the enforcement of the foreign decision, aspect that can be also used in connection with the insolvency.

The special law on bankruptcy, no. 64/1995, recently amended by the Law no. 424/12 May 2004 does not contain any provision related to the cross-border insolvency. Of course, Romania can wait till the moment it will be a part of EU and apply the EU regulation. But, since there are many companies having an extraterritorial element and the insolvency can be used in order to prejudice the creditors' rights, it would be strongly recommended that new and imperative law provisions settle this problem.

Bibliography:

1. *Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings* Official Journal L 160, 30/06/2000 P. 0001 – 0018;
2. *Law no. 105/1992 Private International Law*, published in the Official Gazette no. 245/1.10.1992;
3. **Ioan Schiau**, *The Juridical Regime Of Commercial Insolvency*, All Beck, 2001, p. 507-518;
4. **Gheoghe Piperea**, *The Bankruptcy In The Romanian Private International Law*, Commercial Law Review, no. 5/1996.

THE SAFEGUARDING OF EMPLOYEES' RIGHTS IN THE EVENT OF TRANSFERS OF UNDERTAKINGS, BUSINESSES OR PARTS OF UNDERTAKINGS OR BUSINESSES

Dana VOLOSEVICI, "Petroleum – Gas" University of Ploieşti, ROMANIA

Abstract: *Romanian Labor Code and EU Directives establish special provisions in order to safeguard the employees' rights in the event of transfer of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses.*

1. Transfer of undertakings, businesses or parts of undertakings and businesses

The Romanian legislation does not offer a definition for the transfer of undertakings, businesses or parts of undertakings and businesses and the doctrine was not very accurate in defining the concept. Under the European Communities provisions, the transfer may be a result of a legal transfer or merger, or a transfer of an economic entity which retains its identity, meaning an organized grouping of resources which has the objective of pursuing an economic activity, whether or not that activity is central or ancillary.

A transfer can be any transaction resulting in a change of ownership. A merger is an amalgamation between companies of similar size in which either the members of the merging companies exchange their shares for shares in a new company or the members of some of the merging companies exchange their shares for shares in another merging company. Another problem which has to be analyzed is the meaning of "identity", because the Directive imposes the condition that the economic identity retains its identity. Strictly, identity means a perfect similarity with the activity carried on before the transfer. Any change in technology, raw material, know-how, will automatically make inapplicable the Directive provisions. Laxly, the economic activity shall maintain the main characteristics, the lack of identity being defined by important and profound changes.

Under the Romanian law, there are no exceptions for the applicability of the rule. However, the European Directive contains some exceptions. The rule is that the Directive shall apply to public and private undertakings engaged in economic activities whether or not they are operating for gain.

The exceptions are an administrative reorganization of public administrative authorities, or the transfer of administrative functions between public administrative authorities and the seagoing vessels. Of course, the Romanian law shall define the concept of transfer and shall establish of sphere of applicability. After 1989, the public companies were privatized, but also hold in accordance with special agreements instituted by specific laws. In those specific cases, there is not a transfer of shares, but a special transfer of the right to conduct the business. The case law shall decide which the limits of 'transfer' are. On the other hand, the Luxembourg Court had to solve a lot of problems raised by interpretations of the Directives provisions and the Romanian legislation shall try to benefit of European experience.

2. Safeguarding of employees' rights

The transferor's rights and obligations arising from a contract of employment or from an employment relationship existing on the date of a transfer shall, by reason of such transfer, be transferred to the transferee. More than that, the Member States may provide that, after the date of transfer, the transferor and the transferee shall be jointly and severally liable in respect of obligations which arose before the date of transfer from a contract of employment or an employment relationship existing on the date of the transfer. The Romanian Labor Code does not contain a similar obligation, so that the transferee has the entire liability in respect of the obligation.

In the same time, the Labor Code restricts the rights and obligations to an employment agreement or employment relationship and does not make any remark for the collective agreement. On the other hand, the employment agreement must respect the provisions of the applicable collective agreement, but an express phrase would assure a correct understanding of the scope of the law. More than that, the first paragraph of the Art.169 states that the employees benefit of the safeguarding of their rights in the event of transfer of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses. The general wording can include the rights granted by the collective agreement, but, if interpreted in connection with the paragraph (2), the area can be restricted to the individual employment agreement.

The European Directive states that following the transfer, the transferee shall continue to observe the terms and conditions agreed in any collective agreement on the same terms applicable to the transferor under that agreement, until the date of termination or expiry of the collective agreement or the entry into force or application of another collective agreement.

As an exception of the rule, the Directive states that its provisions analyzed before shall not apply in relation to employee's rights to old-age, invalidity or survivors' benefits under supplementary company or intercompany pension schemes outside the statutory social security schemes. Although the Romania fiscal provisions allow the employer to grant to the employees special rights and benefits outside the statutory social security schemes, the Labor Code does not exclude them from the transfer to the new employer, the transferee.

The Romanian legislation shall define more accurately the sphere of employees rights transferred to the new employer, in order to prevent any misleading interpretation and, in consequence, any conflict related to this matter.

3. The interdiction of the dismissal of the employees

According to the paragraph (3) of the Art.169 of the Labor Code, the transfer of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses shall not in itself constitute grounds for the individual or collective dismissal by the transferor or the transferee. The Directive establishes a nuance and stipulates that the provision shall not stand in the way of dismissal that may take place for economic, technical or organizational reasons entailing changes in the workforce. More than that, the Member States may provide that the interdiction shall not apply to certain specific categories of employees who are not covered by the laws and practice of the Member States in respect of protection against dismissal.

According to the rule analyzed, the employees can be let off by economic reasons. In case of collective dismissal, the special procedure set up by the Art.68-72 of the Labor Code is applicable, and the trade union or the employees' representatives will be involved in the whole process. The employer shall prove that the grounds for the dismissal are not the transfer, which can be difficult in certain situation. If a transferor would like to sell the business at a good price, it has to make the business economically attractive, which can involve also less employees and, in the end, a reduction of labor costs.

4. Information and consultation

According to the Art.170 of the Labor Code, the transferor and the transferee shall be required to inform, before the transfer is carried out, the representatives of their respective employees affected by the transfer of the legal, economic and social implications of the transfer for the employees. The Directive enlarges the sphere of information to: the date or proposed date of the transfer, the reasons for the transfer, any measures envisaged in relation to the employees. The transferee must give such information to the representatives of his employees in good time, and in

any event before his employees are directly affected by the transfer as regards their conditions of work and employment.

More than that, the Directive states that the obligation of information and consultation shall apply irrespective of whether the decision resulting in the transfer is taken by the employer or an undertaking controlling the employer.

5. Conclusion

The Romanian legislation shall establish more accurately the definition of the transfer and to define the conditions and exceptions for each right granted to the employee. Only an exact legal framework may assure a real protection of the rights of both parties involved in the process, the employees and the employer. After the communist regime, an important transfer from the public property to the private sector took place, and this transfer had various forms, state that imposes a rigorous and complete settlement, according to the European values.

Bibliography:

1. *Labor Code*, Law no. 53/2003 published in the Official Gazette no. 72/5.02.2003;
2. Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, published in the Official Journal of the European Communities 22.03.2001;
3. **Galca, C.**, *The transfer of undertakings*, in Romanian Review of Labor, no. 4/2003, p. 43-57.

**ASPECTS REGARDING THE MEANS
OF PROBATION IN COMMERCIAL FIELD
-SPECIES OF WRITS-**

Laura VOICULESCU, „1 December 1918” University of Alba Iulia, ROMANIA

Abstract: *The means of probation in the commercial procedure have a different juridical regime, in comparison with the civil law. The Commercial Code stipulates some extra means of probation, the writs representing the majority.*

This paper analyses some aspects about the writs – like means of probations in commercial cases, in their three forms: authentic act, private act and improper act.

The probation system in the commercial field is, in a certain rate, different in comparison with the civil law and it is inborn for the legislator to make some concessions in this field to assure the credit, safety and promptitude for commercial operations. In this field, the injunctions regarding probation may be found in the fifth chapter of the Commercial Code: “About commercial liabilities in general”, the articles 46 to 57.

Firstly, the Commercial Code enumerates in the 46th article the acceptable means of probation in the commercial lawsuit. The difference between these two systems is, in this point of view, only quantitative, because the commercial legislation specifies extra means of probation:

- telegram
- commercial registers
- commercial invoice
- commercial correspondence

and special settlements regarding electronic trade and electronic signature. The probation’s juridical regime in commercial cases is regulated by the 47th-49th articles (telegram) which are completed by the Civil Code settlements, the 47th art., the last item and the 50th-57th art. (commercial registers),

corroborated with the Civil Code settlements, which is referring to the 50th art., 2nd item, 51st art., 2nd item and 55th to 56th article together with the 57th article, 3rd item.¹

Secondly, the Commercial Code averts the restrictions provided by the 1191st article of the Civil Code regarding the witness probation, and allows this probation without limits, therefore the judge have a stronger power of appreciation. The 55th article from the Commercial Code stipulates that if the commercial law asks the probation in writing, the witness probation is only allowed in the case that the Civil Code also allows it. In the seventh item of the 46th art., the Commercial Code stipulates express that “the commercial obligations and payments” are probated even with witnesses, any time the judiciary authority admits it, even in the case stipulated by the 1191st article of Civil Code. The contractual liberty – the commercial obligations’ primary principle, has as a corollary the probation’s liberty, in order to provide the credit, the promptitude and the security of the commercial relationships². Therefore, the probation’s instrument for a commercial right or obligation must be persuasive in order to consolidate the commercial credit, must be facile to acquire in order not to hamper the fluency of the commercial assets’ traffic, and it must be easy to administrate so that the commercial cases can be solved in a secure and prompt way.

Thirdly, the civil law ascertains the probation’s value of each probation means and especially the hierarchy of their probation power. There are probation means with a higher or a lower value, as the civil law stipulates. Instead of it, the Commercial Code enumerates the allowed probation means but it doesn’t constitute their hierarchy³.

Fourthly, the settlement stipulated in the 46th article, the Commercial Code doesn’t refers only to the obligations’ probation it also regards the probation of facts which generate real rights, because the legislator doesn’t handle this matter.

Fifthly, the 46th article applies for any commercial act, objective or subjective, and even for any composite acts, facts or operations, regardless if the probation’s target is for merchants or non-merchants. The 56th article of the Commercial Code stipulates that if an act is of commercial nature only for one contractor, the commercial law applies for everyone, regarding that act. The doctrine mentions that the 46th article is applying even in civil instance if the commercial obligation’s existence or expanse must be proved⁴.

¹ Cornel Herlea, “The Civil Law. General Theory. The Civil Law’s Primary Institutions”, Printing House *Petroșani*, 2003, page 493;

² Gheorghe Buta, “The Commercial Jurisdiction. Theory and Jurisprudence”, Printing House *Lumina Lex*, Bucharest, 2003, page 340-341; Stanciu D. Cârpenaru, “The Romanian Commercial Law”, Printing House *All Beck*, Bucharest, 1999, page 345;

³ Viorel Mihai Ciobanu, “Theoretical and Practical Course for the Civil Procedure”, Second Tome, Printing House *Național*, Bucharest, 1997, page 149-152;

⁴ Viorel Mihai Ciobanu, “Theoretical and Practical Course for the Civil Procedure”, Second Tome, Printing House *Național*, Bucharest, 1997, page 151;

The acts have an important probation value in the commercial field as they do in the Civil Law. The Commercial Code consecrates them like means of probations means and stipulates the accepted commercial invoice, the commercial correspondence, the telegram, the commercial registers, the deeds which obtained a large use in the merchants' activity.

In spite of all these, the writs lose their primary value in the Commercial law, because the witness probation against or beyond the writs' content is admitted, as it is accepted that in the commercial field operates the liberty of probation's principle. Exceptionally, the commercial law asks a writ *ad solemnitatem* or *ad probationem* in the juridical relationships, not being allowed in this case the witness probation against or beyond the deed required by the commercial law, according to the 55th article o the Commercial Code.

The Civil Code and the doctrine distinguish the following writs categories:

- Authentic act
- Private act

and the Commercial Code mentions, besides these two, stipulated in the 46th article, item no. 1 and 2, another four writs – probation means in the commercial field:

- Accepted commercial invoice (item 3)
- Commercial correspondence (item 4)
- Telegram (item 5)
- Commercial registers (item 6)

In conclusion, the probation system in the commercial law is the one stipulated by the commercial act, which indicates the probations and their value in Court. But the system stipulated by the commercial law is completed by the one stipulated by the civil law, the 1st article of the Commercial Code issuing that the civil probation system is the common law in this matter⁵.

The 8th item of the 46th article stipulates express that the commercial obligations and payments - excepting the ones mentioned in the items 1 to 7, may be proved by "any other means of probation means accepted by the civil law".

The Authentic act

The Authentic act is stipulated as means of probation in the first item, o the 46th article o the Commercial Code. This is defined by the doctrine as a writ which was made with all the solemnities required by law, by a public clerk which has the right to function in the location where the act was made, according to the 1171st article of the Civil Code.

⁵ Vasile Luha, „The Commercial Law”, Printing House *Altip*, Alba Iulia, 2003, page 261;

If the writ is not authentic due to the public clerk's incompetence or incapacity or due to some format faults, it will have the value of a private act, if it was signed by the contractors (1172 article, Civil Code).

In the commercial field, the legislator abandoned the Civil Code stipulations and didn't offer preference to the written probation. This is because of the commercial operations large number and frequency, and because the promptitude of their achievement, situations which hold the contractors from drafting written acts. It also appears the necessity to maintain the commercial operations' confidentiality.

However, in some situations, the *ad solemnitatem*, form of the authentic acts is compulsive:

1. The draft, according to the first chapter of the 58/1934 Act, named: "About draft issuance and format";

2. The Commercial corporations' contract, according to the 31/1990 Act, the 5th article, which anterior its modification, stipulated that the corporations' contract and statute can be drafted as a single act, named unique organic act and in the 5th item stipulated that the organic act must be signed by all partners or, in case of public subscription, by founders, and is made in authentic form.

The modifications of this Act by the 76th/2001 Decree and 161st/2003 Act, were meant to simplify the corporation's constitutive procedure, the 5th article stipulating that the organic act is made in private form and it must be subscribed by all partners or founders.

However, the authentic form is compulsory in three situations:

- When there is an immobile asset between those subscribed in the corporate funds;
- In case of unlimited liability companies;
- In case of public limited companies constituted by public subscription;

If the law requires *ad validitatem* the authentic form for an organic act, its encroachment draws the nullity of the corporation, according to the 65th article of the Companies Act.

If the organic act is valid in the form of the private act, ignoring this condition *ad probationem* means that this act cannot be used as probation means against the third⁶.

3. The 532nd article, item no 1 of the Commercial Code stipulates that the enrolment's contract of a boat company "will be made in writing and will be validated by the maritime authority of the country or by consular authority from abroad, recorded in the maritime office's registers and transcript in the boat's register". The fourth item of the same article stipulates: "the conventions which are not made in accordance to these formalities have no value".

4. The maritime loan contract, according to the 601st article and the next articles from the Commercial Code.

⁶ Vasile Luha, „The Commercial Law”, Printing House *Altip*, Alba Iulia, 2003, page 87-88;

5. Stock holdings emission's folder of a share company, according to the 10th article of the Companies Act, *et ceteras*.

The private act

The 46th article stipulates express in the second item the private act as probation means in the commercial cases and from the third to the sixth item any other probation means which have the probation value of a private act.

The private act is the writ which is signed by the person or the persons who made it⁷. The law doesn't dictate certain format conditions for the private act; the only requirement is for the titular to sign it.

The multiple exemplary formalities, imposed in the civil law by the case of mutual conventions, have a decreasing practical value, because of the probation liberty's principle which is applying in this matter, the witness probation being allowed against or beyond a writ's content. That is why the author is joining the viewpoint of those who affirm that these formalities are not compulsive in the case of commercial mutual conventions⁸.

Regarding the probation power of the private act in the commercial cases, if the act is approved by those who the act is opposed to, this is the same as that of the authentic act, regarding writ's content. In the case of the disavowal of the signature, the handwriting control's procedure starts and the probation power of the private act become lower than that of the authentic act, because the private act's signature doesn't have the value of the public clerk's signature.

For some acts, the Commercial law requires the *ad probationem* writing form. Here are some examples:

- The commercial pledge contract, according to the 478th article of the Commercial Code;
- The contracts regarding commercial boats (construction, estrangement, freight), according to the 491st article of the Commercial Code;
- The consignment contract according to the 2nd article of the 178 Act/30 July 1934;
- The sharing partnership contract, according to the 256th article of the Commercial Code;
- The assurance contract etc.

The private acts date

⁷ Gheorghe Beleiu, „The Romanian Civil Law. Introduction in the Civil Law. Civil Law' Individuals”, Printing House „Şansa” SRL, Bucharest, 1995, page 105-107;

⁸ Ioan Leş, Civil Procedure Law Course”, Printing House *All Beck*, Bucharest, 2001, page 444, Viorel Mihai Ciobanu, “Theoretical and Practical Course for Civil Procedure”, Second Tome, Printing House *Naţional*, Bucharest, 1997, page 172-173;

The 57th article of the Commercial Code, stipulates that the commercial acts and contracts' date must indicate the place, the day, the month and the year. It can be proved to the thirds by any whatever probation means accepted by the commercial or the civil law. The third item of the same article stipulates that "the date revealed in the draft and in all the *command titles* and their endorsements is considered the true date until proven different". This settlement is meant to strengthen the *command titles*' traffic power⁹.

The authentic acts have a certain date, which can be discard only by *simulated juridical action* and the private acts receive this certain date according to 1182nd article of the Civil Code. If the law stipulates that the private act's date is true until proven different like in the *command tile's* case, the task of the probation is reversed and the person who the act is opposite to must prove that the act's date is different than the one stipulated in the writ.

The improper acts

The improper acts are those which are not previously constituted, which are not signed by the person to whom the act is opposite for subscription. The improper acts stipulated by the Civil law (domestic registers, books or papers – the 1185th article, the creditor annotations on debt acts, on debtor copies or on receipts – 1186th articles, the merchants registers) can be used in commercial cases. The Commercial Code is stipulating again the commercial registers and adds the invoice, the commercial correspondence and the telegrams.

The probation value of these writs is lower than that belonging to the previously constituted acts, because they are only proofs against the person who wrote them.

From the procedural point of view, certificated copies of the writs must be deposited at the judicature registrar, subjoining the commercial action, and the plaintiff has the obligation to mention which writs was communicated to the accused, according to the 720^{1 th} article of the Civil Procedure Code, second item, as the 720^{3 th} article, second item stipulated¹⁰.

In conclusion, the writs are very important probation means even in the commercial field, the most frequent in practice of those enumerated, being the accepted commercial invoice¹¹.

⁹ Stanciu D. Cărpenu, "Romanian Commercial Law", Printing House *All Beck*, Bucharest, 1999, page 362;

¹⁰ Ioan Leș, "Civil Procedure Law. University Course", Printing House *Lumina Lex*, Bucharest, 2002, page 579;

¹¹ Gheorghe Ciolcă, „Commercial Law. Probations. Accepted invoid” in *Commercial Law Journal*, number 9/2001, Printing House *Lumina Lex*, Bucharest, 2001, page 147-150;

Bibliography:

1. **Ioan Leş**, "*The Civil Procedure Law Course*", Printing House *All Beck*, Bucharest, 2001;
2. **Ioan Leş**, "*The Civil Procedure Law. University Course*", Printing House *Lumina Lex*, Bucharest, 2002;
3. **Vasile Luha**, „*The Commercial Law*”, Printing House *Altip*, Alba Iulia, 2003;
4. **Gheorghe Beleiu**, „*The Romanian Civil Law. Introduction in the Civil Law. The Civil law individuals*”, Printing House „*Şansa*” SRL, Bucharest, 1995;
5. **Viorel Mihai Ciobanu**, "*Theoretical and Practical Course for the Civil Procedure*", Second Tome, Printing House *Naţional*, Bucharest, 1997;
6. **Stanciu D. Cărpenu**, "*The Romanian Commercial Law*", Printing House *All Beck*, Bucharest, 1999;
7. **Gheorghe Buta**, "*The Commercial Jurisdiction, Theory and Jurisprudence*", Printing House *Lumina Lex*, Bucharest, 2003;
8. **Cornel Herlea**, "*The Civil Law. General Theory. The Civil Law' Primary Institutions*", Printing House *Petroşani*, 2003;
9. **Gheorghe Ciolcă**, „*The Commercial Law. The Probations. The Accepted Invoice*” in *Commercial Law Journal*, number 9/2001, Printing House *Lumina Lex*, Bucharest, 2001, page 147-150;
10. **Constantin Crişu**, „*The Commercial Code. 30 Special Laws. 64 Commercial Contracts Model*”, Printing House *Juris Argessis*, Curtea de Argeş, 2001;
11. *The Civil Code and the Civil Procedure Code*;
12. *The Commercial Special Laws*.

DIE PATRIMONIALE HAFTUNG IM GEBIET DES ARBEITSRECHTES

Felician COTEA, „1 Decembrie 1918“ Universität in Alba Iulia, RUMÄNIEN

Diese Dissertation setzt sich vor eine Analyse der Problematik erhoben von eine der viel diskutierte und wichtige Abänderung der Gesetzgebung gebracht durch das neue Arbeitsgesetzbuch, bzw. die patrimoniale Haftung, zu machen. Ohne Inbetrachtung der Durchsetzungsverfahren unser Absicht war, und die justische Doktrin und Praxis wird die Richtigkeit unserer Schlussfolgerungen beweisen, die wichtigste Problematik der Durchsetzung der patrimonialen Haftung im Gebiet der spezifischen und sensiblen Rechtsverhältnissen des Zivilrechtes die zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer entstehen, von juristischen Verhältnisse und bis Wirkungen zu analysieren.

Die patrimoniale Haftung im Gebiet des Arbeitrechtes kann definiert werden als die Art der zivilen juristischen Vertragshaftung die spezifisch für die juristischen Arbeitsverhältnisse zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind und die aus beiderseitigen Entschädigungspflicht der vertragsschließenden Parteien, gemäß der arbeitsrechtlichen Normen und Prinzipien ergänzt durch die zivilrechtliche Vertragshaftung, für die Schäden verursacht durch eigenes Verschuldens während und im Zusammenhang mit Erfüllung der Vertragspflichten besteht.

1. Die juristische Natur und Merkmale der patrimoniale Haftung.

Im Rahmen des alten Arbeitsgesetzbuches vom 1972 das durch Art. 102-110 die materielle Haftung des Arbeitnehmers für die dem Arbeitgeber verursachten Schäden regelt, wurden in der juristischen Fachliteratur zwei Interpretationen über die juristische Natur dieser Haftung formuliert.

Einer dieser Interpretationen hat diese Haftung als Version der zivilrechtlichen Vertragshaftung¹ erkannt und die andere Version betrachtet sie als spezifische Art der arbeitsrechtlichen Haftung.²

Das neue Arbeitsgesetzbuch ersetzt die materielle Haftung durch eine patrimoniale Haftung die weil gemäß den Bestimmungen des Art. 269 Absatz 1 und Art. 270 Absatz 1 mit den Normen der zivilrechtlichen Vertragshaftung verbunden sind als eine Art der der zivilrechtlichen Vertragshaftung mit den arbeitsrechtlichen spezifischen Elementen definiert werden kann.³

2. Die Arten der patrimoniale Haftung.

Die patrimoniale Haftung im Arbeitsrecht hat zwei Formen abhängig von der Partei im Arbeitsvertrag die die Schäden wiedergutmachen muss.

Ein erster Fall der patrimonialen Haftung ist vom Art. 269 Absatz 1 des Arbeitsgesetzbuch geregelt und besteht aus Verpflichtung des Arbeitgebers dass gemäß den Normen und Prinzipien der zivilrechtlichen Vertragshaftung den Arbeitnehmer zu entschädigen wenn dieser Schäden während oder verbunden mit der Erfüllung seiner Arbeitspflichten erlitten hat.

Ein zweiter Fall der patrimonialen Haftung wird vom Art. 270 Absatz 1 des Arbeitsgesetzbuches bestimmt und betrifft sich auf die Arbeitnehmern die eine patrimoniale Haftung gemäß der Normen und Prinzipien der zivilrechtlichen Vertragshaftung für die materiellen Schäden verursacht dem Arbeitgeber haben.

Die Diskussion über die verschiedenen patrimonialen Haftungsarten benötigt für drei Kategorien von Angestellten folgende Erläuterungen:

1. Die Verordnung Nr. 121/1998⁴ Art. 2 und 8 regelt für die Zivilangestellten der militärischen oder militarisierten Strukturen des Ministeriums für Nationalverteidigung und Inneres, der Rumänische Geheimdienstes, der Schutz- und Wachtdienst, der Spionagedienst und das Justizministeriums ein spezieller Schadenersatzpflicht für die Schäden verursacht aus eigenem Verschulden in Erfüllung der Dienstpflichten. Diese Regelungsart wird von der Fachliteratur, und wir sind auch dieser Meinung, als „eine spezielle Form der patrimonialen Haftung der Angestellten unter Derogation des Gemeinrechtes (und auch der spezifischen Normen des Arbeitsgesetzbuches)“⁵ betrachtet.

¹ M. Eliescu, Strafrechtliche Haftung, Academiei Verlag, Bukarest, 1972, Seite 35-36 und I.M. Anghel, Zivilrechtliche Haftung, Ştiinţifică Verlag, Bukarest, 1970, Seite 50-51.

² S. Ghimpu, A. Ţiclea, Arbeitsrecht, All Beck Verlag, 2001, Seite 596, I.T. Şerbănescu, Arbeitsrecht, Lumina Lex Verlag, 1997, Seite 257, M. Cosmin Juristische Haftung in das Rechtssystem der Sozialistischen Republik Rumänien, Dacia Verlag, Cluj-Napoca, 1974, Seite 31-32.

³ I.T. Ştefănescu, Die patrimoniale Haftung geregelt durch das neue Arbeitsgesetzbuch in Das Recht Zeitschrift, Nr. 9/2003, Seite 6 und I.T. Ştefănescu, Ş. Beligrădeanu, Allgemeine Darstellung und kritische Anmerkungen über das neue Arbeitsgesetzbuch in Das Recht Zeitschrift, Nr. 4/2003, Seite 78.

⁴ Veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens, Teil I, Nr. 328 vom 29. August 1998.

⁵ I.T. Ştefănescu, Die patrimoniale Haftung, im erwähnten Werk, Seite 12.

Gemäß der Verordnung Nr. 121/1998 haften die Soldaten und die Zivilangestellten der militärischen und militarisierten Einheiten für die Schäden schuldig verursacht während des Wehrdienstes und für Erfüllung der Dienstpflichten gemäß der Regeln einer spezifischen materiellen Haftung. Gemäß dieser Haftungsart der Schadenersatz und auch die Zurückerstattung der Beträge oder Zahlung des Gegenwertes der Güter die nicht in Natura zurückgegeben sein können oder für nicht geleistete Pflichten kann durch Zahlungsverpflichtung oder Abrechnung gemacht werden.⁶

Weil, auf einer Seite, das neue Arbeitsgesetzbuch die Verfügungen der Verordnung Nr. 121/1998 nicht abgeändert oder aufgehoben hat müssen wir feststellen dass die materielle Haftung der Zivilangestellten der militärischen oder militarisierten Einheiten eine spezielle Form der patrimonialem Haftung gesondert gegenüber den Bestimmungen des Gemeinrechtes (Zivilgesetzbuch) und den spezifischen Bestimmungen des Arbeitsgesetzbuch⁷ über patrimoniale Haftung angewendet werden.

2. Eine separate Kategorie von Angestellten sind die die eine Verwaltungsstelle besitzen. In diesem Falle wird die Haftung zur Schadenersatz durch die Bestimmungen des Gesetzes 22/1969⁸ geregelt.

Obwohl die materielle Haftung der Verwalter durch ein spezielles Gesetz geregelt wurde sie war vom alten Arbeitsgesetzbuch als keine aufhebende Haftung von der materiellen Haftung geregelt, durch Inkrafttreten des neuen Arbeitsgesetzbuch müssen die Bestimmungen der Artikeln 22-23 des Gesetzes 22/1969 als implizit geändert betrachtet werden weil die hier erwähnte Haftung eine patrimoniale Haftung geregelt durch die Normen des Art. 272 und folgende Artikeln des Arbeitsgesetzbuches ist und die Bestimmungen des Art. 32 bzw. die Aufnahme einer vollstreckbare Zahlungsverpflichtung aufgehoben wurden.⁹

3. Eine andere spezielle Haftung, eine Kombination zwischen der Zivilhaftung und materielle Haftung, ist von Artikel 72 und 73 des Gesetzes über Statut der Beamten, Gesetz 188/1999 geregelt, weil für diese Personen die Pflicht zur Wiedergutmachung der Schäden wird durch Anwendung der Zivilhaftung durch Verordnung einer Abziehungsverfügung vom Leiter der öffentlichen Institution, binnen 30 Tagen nach Schadenfeststellung oder durch Unterschreibung einer Zahlungsverpflichtung gemacht.¹⁰

⁶ Siehe für Details Ş. Beligrădeanu, Ein Gesamtblick über die Verordnung Nr. 121/1998 der Regierung Rumäniens über materielle Haftung der Soldaten in Zeitschrift Das Recht, Nr. 12/1968, Seite 3-8.

⁷ I.T. Ştefănescu, Ş. Beligrădeanu, op. cit. Seite 74.

⁸ Veröffentlicht im Amtsblatt der Sozialistischen Republik Rumänien, Nr.132 vom 18 November 1969 abgeändert durch Gesetz 54/1994 veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens, Teil I, Nr. 181 vom 15. Juli 1994.

⁹ I.T. Ştefănescu, Ş. Beligrădeanu, op. cit. Seite 74-75.

3. Formen der patrimonialem Haftung.

Die arbeitsrechtliche patrimoniale Haftung ist hauptsächlich eine individuelle und konjunkturelle Haftung, jeder Angestellte haftet für die Schäden verursacht durch eigene Taten (Art. 270 , Absatz 1 Arbeitsgesetzbuch) und wenn die Schäden durch die Taten mehrerer Angestellten verursacht wurden dann wird der Pflicht zur Wiedergutmachung geteilt und die individuelle Verantwortlichkeit wird gemäß seiner Beteiligung in Verursachung der Schäden verurteilt (Art. 271 Arbeitsgesetzbuch und Art. 27, Absatz 1 Gesetz 22/1969). Kann man die Beteiligung der Angestellten in der Verursachung der Schäden nicht beurteilen dann wird die individuelle Haftung im Verhältnis mit dem Nettogehalt am Datum der Feststellung der Schäden oder abhängig vom Falle (z.B. für gemeinsame Verwaltungen oder wenn man in sukzessiven Schichten ohne Übergabe des Lagerbestandes gearbeitet wird) im Verhältnis mit der effektiv von der letzte Inventur gearbeitete Zeit festlegen (Art. 271 Absatz 2 Arbeitsgesetzbuch und Art. 27 Absatz 2 des Gesetzes 22/1969).¹¹

Ausnahmsweise werden von der speziellen Arbeitsgesetzgebung für bestimmte Kategorien von Angestellten zwei andere Formen der patrimonialem Haftung, bzw. die subsidiäre und solidere Haftung geregelt. Spezifisch für diese zwei Kategorien ist dass sie von Gesetzen bestimmt sind die nicht interpretiert sein können und die Anwendung nicht zu anderen Fällen oder Kategorien von Angestellten extrapoliert sein kann.

Die subsidiäre Verantwortlichkeit ist die Art der patrimonialem Haftung die dem Arbeitgeber erlaubt für Schadenersatz auch gegen andere Personen oder Angestellten die indirekt für die Schäden durch Nichterfüllung ihrer Dienstpflichten schuldig sind sich zu richten wenn nach Erfüllung aller Schritten vorgesehen vom Art. 273-275 des Arbeitgesetzbuches für die Kontrolle der Einkünften der Person die schuldig ist, wird festgestellt dass die totale oder partielle Wiedergutmachung der Schäden nicht möglich ist.

Solche Fälle werden von speziellen Gesetze geregelt, bzw. vom Art. 30 des Gesetzes 22/1969 über die Haftung der Verwaltern, Bürgschaften und Haftung verbunden mit Güterverwaltung und Art. 19 der Verordnung Nr. 121/1988 der Regierung Rumäniens über materielle Haftung der Soldaten.

Das alte Arbeitsgesetzbuch hatte zwei Bestimmungen bzw. Art. 108 Absatz 4 und Art. 109 Absatz 5 demgemäß „ Nach Ablauf dieser Frist (Ablauf der Frist für Verfügung des Abziehungsbeschlusses- mein Vermerk) soll für die Schaden verantwortlich gemacht werden der der sich für die nicht Abziehung der Schäden schuldig macht “ bzw. : „ Die Verfolgung für Schadenersatz kann, in dem vom Gesetz vorgesehenen Fällen, auch gegen anderen Personen

¹⁰ Ibidem, Seite 75.

gerichtet werden als die die direkt die Schäden verursacht haben“. In den im Jahre 2003 erschienenen Arbeitsgesetzbuch gibt es solche Texte die ausdrücklich eine subsidiäre Haftung anerkennen nicht mehr und unter diesen Umständen kann man fragen ob in der aktuellen Gesetzgebung noch eine subsidiäre Haftung der Person gibt: z.B. der Angestellte (der Rechtsexperte) der sich nicht gekümmert hat zur Verfügung eines Abziehungsbescheides oder für Einbringung einer Klage, oder gegen den Bürgermeister der illegale Zahlungen an die Angestellten¹² geleistet hat oder gegen denjenigen die ihre Dienstpflichten nicht erfüllt haben und auf dieser Weise einem anderen Angestellten erlaubt hat die Firma zu beschädigen¹³ so wie früher in der Fachliteratur behauptet wurde¹⁴.

Wir glauben dass auch zurzeit die subsidiäre Haftung aller von uns oben erwähnten Kategorien gibt auch wenn ausdrückliche Gesetzbestimmungen fehlen, weil auch zurzeit die Argumente der Doktrin zur Begründung dieser Haftung wie auch früher anwendbar sind, weil die subsidiäre Haftung „ auch eine Form der Haftung für eigene Taten ist“. ¹⁵

Demzufolge steht der Grund dieser Haftung in die Bestimmungen des Art. 270, Absatz 1 des neuen Arbeitsgesetzbuches.

Die solidere Haftung ist die Haftungsart spezifisch der Fällen mit mehreren Schuldern in denen der Kreditor die Zahlung des Gesamtschuldens von jeder seiner Schuldner beantragen und bekommen kann.

Im Gebiet der arbeitsrechtlichen Verhältnisse kommt die solidere Haftung in den Fällen vor wenn zur totalen Wiedergutmachung der Schäden zusammen mit dem Angestellte die die Schäden verursacht hat auch ein anderer Angestellter der seine Pflichten auch nicht rechtmäßig erfüllt hat und dies als Ursache der Schäden betrachtet wird (z.B. Art. 28 des Gesetzes 22/1969) verpflichtet ist. ¹⁶

4. Die patrimoniale Haftung des Arbeitgebers.

Gemäß den Bestimmungen des Art. 269 Absatz 1 des Arbeitsgesetzbuches ist der Arbeitgeber aufgrund der Normen und Prinzipien der zivilrechtlichen Vertragshaftung verpflichtet den Arbeitnehmer zu entschädigen wenn dieser wegen Verschulden des Arbeitgebers während der Erfüllung seiner Dienstpflichten materielle Schäden erlitten hat.

¹¹ Ibidem, Seite 77.

¹² Ș. Beligrădeanu, Vermerk an Entscheidung Nr. 1669/2000 der Verwaltungsabteilung der Obersten Instanz in Das Recht Zeitschrift nr. 11/2000, Seite 154-162.

¹³ Oberste Gericht, Zivilabteilung, Beschluss Nr. 1207/1989 in Zeitschrift Das Recht Nr. 3/1990, Seite 71.

¹⁴ Siehe S. Ghimpu, A. Țiclea, op. cit., Seite 604-606.

¹⁵ Ibidem, Seite 605.

¹⁶ Siehe L. Pop, Allgemeine Theorie der Pflichten, Lumina Lex Verlag, 1998, Seite 399-403.

Die Geltendmachung der patrimonialem Haftung ist für die Fällen möglich in denen kumulativ folgende Bedingungen erfüllt sind:

a) *die Beteiligten an die patrimoniale Haftung*, bzw. der Kreditor und der Schuldner sind der Arbeitnehmer bzw. der Angestellte der mit dem Kreditor ein Arbeitsvertrag abgeschlossen hat und der Arbeitgeber der eine Rechtsperson oder eine natürliche handelsberechtigte Person ist;

b) *wenn eine illegale Tat gibt die dem Arbeitnehmer Schäden verursacht hat* und eine solche Tat von den Führungsorganen oder von Angestellten des Arbeitgebers als Rechtsperson begangen wurde;

c) *wenn die illegale Tat Schäden als Folgen hat*. Solche Schäden müssen materielle Schäden sein die während der Zeitspanne in die der Angestellte seine Dienstpflichten erfüllte vorkamen oder waren mit dem Dienst verbunden.

d) wenn zwischen der illegalen Tat der Führungsorganen der Arbeitgeber oder dessen Angestellten und die verursachten Schäden ein Kausalverhältnis gibt, bzw. die Schäden sind als direkter Ergebnis dieser Taten vorgekommen;

e) wenn die Schuld des Arbeitgebers eine präsumtive Schuld ist. Aber nur als relative Präsomption die den Arbeitnehmer zur Beweisung nicht verpflichtet und dem Arbeitgeber erlaubt zu beweisen dass für die illegale Tat nicht er schuldig ist.

Der Schadenersatz wird grundsätzlich auf gutem Wege durch die Zustimmung der Parteien über Höhe und Modalität der Zahlungen folgen und nur wenn der Arbeitgeber zur Entschädigung des Arbeitnehmers nicht zustimmt kann der Angestellte gemäß Art. 269 Absätze 1 und 2 des Arbeitsgesetzbuches und Art. 1073 und nachfolgende des Zivilgesetzbuch zwecks Ersatzschaden ihn vor Gericht bringen.

5. Die patrimoniale Haftung des Arbeitnehmers.

Gemäß Art. 270 Absatz 1 Arbeitsgesetzbuch aufgrund der zivilrechtlichen Normen und Prinzipien über Vertragshaftung haben die Arbeitnehmern eine Haftung für die Schäden verursacht dem Arbeitgeber aus Schuld des Arbeitnehmers und verbunden mit der geleisteten Arbeit.

5.1. Die Bedingungen der patrimonialem Haftung der Angestellten

Weil die Bestimmungen des Art. 270 Absatz 1 Arbeitsgesetzbuch diese Haftungsart durch die Normen der zivilrechtlichen Vertragshaftung regelt, zur Geltendmachung dieser Haftung müssen kumulativ die nachstehende Bedingungen erfüllt werden: der Arbeitnehmer muss Angestellter des beschädigten Arbeitgeber sein, der Arbeitnehmer hat eine personale illegale Tat verbunden mit seiner Arbeit begangen, dem Arbeitgeber wurden materiellen Schäden verursacht, es

gibt ein Kausalitätsverhältnis zwischen der illegalen Taten, der Schaden und der Schuld des Arbeitnehmers.

5.1.1. Der Arbeitnehmer ist Angestellter des beschädigten Arbeitgebers

Die patrimoniale Haftung kann geltend gemacht werden gegen einen Angestellten und auch gegen einen ehemaligen Angestellten bzw. eine Person dessen Arbeitsverhältnisse wegen einer vom Gesetz vorgesehener Grund eingestellt wurden und die als Angestellter Schäden verursacht hat , aber diese Schaden erst nach Einstellung der Arbeitsverhältnissen entdeckt wurden.

Es gibt eine solche Art von Haftung auch für die Angestellten die aus eigenem Verschulden und verbunden mit der für Arbeitgeber geleistete Arbeit Schäden verursacht haben auch wenn der Arbeitgeber für die geleistete Arbeit seiner Pflichten gemäß Art. 16 Absatz 1 nicht nachgekommen ist bzw. hat die zur Abschließung eines Arbeitsvertrages erforderlichen Schritten nicht unternommen. Eine solche Möglichkeit kann erklärt werden weil die vom Gesetzgeber vorgesehene Schriftform des Arbeitsvertrages nur eine ad probationem Bedingung bedeutet weil die Arbeitsverhältnisse entstehen zwischen den Parteien nach beiderseitigen Zustimmung und der relevanteste Beweis ist in diesem Fall die geleistete Arbeit und die Entlohnung.

Auch die beschädigte Firma die durch die Taten einer Angestellten einer anderen Firma der in der beschädigten Firma zeitweilig versetzt wurde, kann direkt diese Haftung geltend machen weil in solchen Fällen die Pflichten und Rechte der Parteien die einen individuellen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben, unter anderen auch die Pflicht des Angestellten zum Schadenersatz, wurden von dem delegierenden Arbeitgeber übernommen.

Es besteht nicht dieselbe Lage wenn die Schäden einer dritten Firma von dem Angestellter als Vertreter seiner Firma verursacht wurden weil in einer solchen Lage keine Zession des Arbeitsvertrages mehr gibt und der Betroffene seine Rechte durch eine ex contractu Klage oder eine Schadenersatzklage gemäß Art. 1000 Absatz 3 Zivilgesetzbuch als zivilrechtlichen Haftung geltend machen kann¹⁷.

5.1.2. Die illegale und personale Tat des Arbeitnehmers verbunden mit seiner Arbeit.

Die Schäden müssen Ergebnis einer illegalen Personaltat des Angestellten sein, entweder als unsachgemäß oder nicht rechtzeitig geleistete Arbeit oder als Nichterfüllung der Dienstpflichten. In beiden Fällen muss die Tat mit der Arbeit verbunden sein (Art. 270 Absatz 1 Arbeitsgesetzbuch).

5.1.3 Schäden verursacht dem Arbeitgeber.

¹⁷ I.T. Stefanescu, S. Beligradeanu, op.cit. Seite 72-73, I.T. Stefanescu, op. Cit. Seite 12.

Der Schaden besteht aus „schädliche patrimoniale oder nicht patrimoniale Konsequenzen, Auswirkungen der Nichteinhaltung vom Schuldner des Schuldforderungsrechtes seines Vertragskreditors durch lato sensu Nichterfüllung seiner Pflichten“.¹⁸

Die juristische Begründung dieser Bedingung der patrimonalen Haftung ist in die Bestimmungen des Art. 270 Absatz 1 Arbeitgesetzbuch und Art. 1082 BGB zu finden. Der Arbeitgeber ist verpflichtet gemäß Art. 287 Arbeitgesetzbuch diese Bedingung zu beweisen.

Um die patrimoniale Haftung des Angestellten bewiesen zu werden muss der Schaden kumulativ folgende Bedingungen erfüllen:

a) es müssen Realschäden sein bzw. sie müssen aus materielle Werte bestehen die durch die Tat des Angestellten verloren, vernichtet oder beschädigt wurden.¹⁹

b) es müssen sichere Schäden sein, bzw. das Dasein der Schäden muss sicher sein und sie müssen bewertet werden.

Wenn die Schäden nicht bewertet wurden, dies ist die Pflicht des Arbeitgebers, dann kann der Arbeitnehmer nicht verantwortlich gemacht werden. Die juristische Praxis hat bewiesen dass die rechtzeitige Nichteinbringung einer Klage oder eines Rekurses macht den Rechtsberater nicht Schuldig wenn er bewiesen kann dass die Ansprüche nicht begründet waren oder der Gerichtsbeschluss unbegründet oder illegal war.²⁰ Für Zahlungen wurde entschieden dass der Angestellte verantwortlich ist nur wenn er die Leistung von illegalen Zahlungen verfügt hat, z.B. Zahlungen an Personen die nicht Angestellt waren. Auch wenn solche Personen gearbeitet und produziert haben waren sie an Zahlung nicht berechtigt weil die Firma verpflichtet ist mit der genehmigte Anzahl der Angestellten ihre Ziele zu erreichen.²¹

c) die Schäden müssen aktuell sein. Die Schäden sind aktuell bis der schuldige Angestellte zur Verantwortung gezogen wird.

d) es müssen materielle Schäden vorhanden sein, bzw. es muss dem Arbeitgeber ein Schaden verursacht werden, entweder durch Verminderung der Aktiva oder durch Erhöhung der Passiva.

Hier muss diskutiert werden wenn die Schäden auch moralische Schäden sein können. Weil sowohl Art. 269 Absatz 1 und auch Art. 270 Absatz 1 GBG ausdrückliche Bestimmungen beinhalten dass der Arbeitgeber auf einer Seite und der Arbeitnehmer auf der anderen Seite für die verursachten „materielle Nachteile“ bzw. „materielle Schaden“ verantwortlich sind, können wir

¹⁸ L. Pop, op. cit. Seite 339.

¹⁹ S. Ghimpu, A. Ţiclea, op. cit., Seite 620.

²⁰ Das Oberste Gericht, Zivilabteilung, Beschluss Nr. 2077/1988 in Die rumänische Zeitschrift für Recht, Nr. 6/1989, Seite 76.

²¹ Sitzung des Obersten Gerichts, Leitungsbeschluss Nr. 1/1978 in Sammlung von Beschlüsse für Jahre 1978, Seite 8.

die Schlussfolgerung ziehen dass der Gesetzgeber die Regel durch die solche Ersatzschäden im Falle der vertraglichen Zivilhaftung beantragt werden können, aus dem Zivilrecht übernommen hat. Grundsätzlich die vertragliche Haftung erlaubt keine moralischen Schäden und diese können nur als Ausnahme verlangt werden.²²

Demgemäß im Gebiet des Arbeitsrechtes können die Nachteile auch als moralische Nachteile betrachtet werden wenn die kollektiven oder individuellen Arbeitsverträge auch Bestimmungen beinhalten durch die der Arbeitgeber die Zahlung von solchen Schäden übernimmt. So wie auch von der Fachliteratur erwähnt kann der Arbeitnehmer an Zahlung von moralischen Schäden nicht verpflichtet werden weil die Eintragung im Arbeitsvertrag einer solchen Bestimmung bedeutet ein Verstoß gegen die Bestimmungen des Art. 38 Arbeitsgesetzbuch und würde als Ungültig erklärt.²³

e) Sie muss dem Arbeitgeber von eigene Angestellten oder von Angestellten anderen Firmen die in die Firma zeitweilig versetzt waren, in Verbindung mit der geleistete Arbeit, verursacht sein.²⁴

Wenn der Schaden dem Arbeitgeber indirekt verursacht wurde, z.B. er ist verantwortlich als Auftraggeber für die illegalen Taten seiner Angestellten gegenüber Dritten, können folgende Situationen vorkommen:

- -wenn zwischen dem Arbeitgeber- Kommittent und dem Dritten keine Vertragsverhältnisse geben, ist der Arbeitgeber- Kommittent verpflichtet zur Wiedergutmachung der Schäden gemäß Regeln der strafbaren Zivilhaftung (Art. 1000, Absatz 3 BGB). Nach Schadenersatz ist er berechtigt eine Regressklage gegen den verantwortlichen Angestellter einzubringen. Diese Klage muss auch durch die Regeln der strafbaren Zivilhaftung (Art. 998 BGB) begründet sein, weil er de jure als Substitut des beschädigten Drittens gemäß Art. 1108 Punkt 3 BGB reagiert.

- -wenn zwischen dem Arbeitgeber- Kommittent und dem beschädigten Dritten Vertragsverhältnisse gaben und die Schäden von einer der Angestellten des Arbeitgebers während der Abwicklung des Vertrages verursacht wurden, dann ist der Arbeitgeber verpflichtet zur Wiedergutmachung der Schäden verursacht durch Nichteinhaltung oder fehlerhafte Einhaltung des Vertrages aufgrund der Regeln der zivilrechtliche Vertragshaftung. Nach Schadenersatz ist er berechtigt eine Regressklage gegen den verantwortlichen Angestellter, aufgrund der zivilrechtlichen

²² L. Pop, op. cit., Seite 339, I. Albu, Die vertragliche Zivilhaftung für nicht patrimoniale Schaden (moralische Schaden) in Das Recht Zeitschrift, Nr. 2/1992, Seite 29 und folgende Seiten.

²³ I.T. Ștefănescu, op. cit. Seite 19-20, I.T. Ștefănescu, Ș. Beligrădeanu, op. cit. Seite 81-82.

²⁴ S. Ghimpu, A. Țiclea, op. cit., Seite 621, I.T. Ștefănescu, op. cit., Seite 18.

Vertragshaftung in Form der patrimonialem Haftung einzubringen (Art. 270 Absatz 1 Arbeitsgesetzbuch).²⁵

5.1.4. Kausalitätsverhältnis zwischen illegale Tat und Schaden.

Die Geltendmachung der patrimonialem Haftung des Angestellten kann statt finden nur wenn die dem Arbeitgeber verursachten Schäden infolge einer illegalen Tat des Angestellten verursacht wurden und sie sind mit seiner Arbeit verbunden (Art. 270 Absatz 1 Arbeitsgesetzbuch and Ar. 1086 GBG).

Das Dasein oder Nichtdasein eines Kausalitätsverhältnisses ist der Grund z.B. für die nicht Abziehung vom Gehalt des Angestellten der Verluste die im Bereich des Verderblichkeitskoeffizienten liegen²⁶ und der Angestellte- Lagerverwalter ist nicht verantwortlich für die Verluste verursacht von Diebstählen durch die nicht Durchsetzung von Firmenleitung aller erforderlichen Sicherheitsmassnahmen.²⁷

Das Dasein des Kausalitätsverhältnisses wird vom Gesetzgeber im Art. 1082 BGB vermutet und muss bewiesen werden nur wenn die Schäden von „ einer äußeren Veranlassung “ verursacht wurden. Gemäß den Bestimmungen des Art. 270 Absatz 2 Arbeitsgesetzbuch versteht man unter äußere Veranlassungen unerwartete Fälle, höhere Gewalt oder normale Dienstrisikos.

5.1.5. Die Schuld (Culpa) des Angestellten

Der Angestellte hat eine patrimonialem Haftung nur wenn man beweisen kann dass der Schaden durch seine Schuld (Culpa) verursacht wurde und dass heißt erstens das eine Urteilskraft und zweitens eine freie Wille vorhanden waren (Art. 270, Absatz 1 Arbeitsgesetzbuch und Art. 1082-1083 BGB).

Der Angestellte kann nicht verantwortlich gemacht werden wenn er nicht schuldig ist.²⁸

Weil es eine Haftungsart die die Regeln der zivilrechtlichen Vertragshaftung folgt haben die Schuldformen keine Bedeutung und der Angestellte haftet für seine Taten.²⁹

Gemäß Art. 287 Arbeitsgesetzbuch ist der Arbeitgeber verpflichtet die Schuld zu beweisen und es gibt keine Schuldvoraussetzung.

²⁵ I.T.Ştefanescu, op. cit. Seite. 18, S.Ghimpu, A. Ţiclea, op. cit. Seite 621-622.

²⁶ Sitzung des Obersten Gerichtes, Leitungsbeschluss Nr. 1/1976 in Sammlung von Beschlüsse des obersten Gerichtes für Jahre 1976, Seite 11-12.

²⁷ Gerichtshof des Munizipiums Bukarest, Zivilabteilung IV, Beschluss Nr. 167/1990 in Das Recht Zeitschrift Nr. 2/1992, Seite 85.

²⁸ S. Ghimpu, Arbeitsrecht. Materielle Haftung, Universität in Bukarest, 1977, Seite 90-100, I.T.Ştefanescu, op. cit. Seite 262.

²⁹ S. Ghimpu, Arbeitsrecht. Materielle Haftung, Universität in Bukarest, Seite 99 und nachstehenden Seiten, I.T. Ştefanescu Die patrimonialem Haftung...., Seite 21-12.

Es gibt doch eine Situation in die man über eine Schuld voraussetzung sprechen kann und diese Situation besteht wenn ein Lagerbestandmangel gibt. In solchen Fällen hat das Oberste Gericht durch Leitungsbeschluss Nr. 1/1976 festgelegt dass der Lagerbestandmangel zu einer Schuld voraussetzung gegen den Lagerverwalter führen kann. Diese Schuld voraussetzung kann durch die legalen Eingang- und Ausgangspapiere der Waren bekämpft werden.³⁰ Das Verfassungsgericht hat auch festgelegt das für die Lagerverwaltern diese eine einfache Schuld voraussetzung ist.³¹

6. Auswirkungen der patrimonialen Haftung

Die zivilrechtliche Haftung hat als Folgen die Verpflichtung des Schuldners an Wiedergutmachung der dem Kreditor verursachten Schäden. Diese Pflicht besteht aus Schadenersatzzahlungen die als „ Geldbeträge die der Schuldner dem Gläubiger zwecks Wiedergutmachung der Schäden des Kreditors infolge der Nichterfüllung oder mangelhafte oder verspätete Erfüllung der Vertragspflichten zahlen muss “³² definiert werden. Durch Extrapolierung der Auswirkungen der gemeinrechtliche Haftung im Gebiet des Arbeitsrechtes kann man sagen dass im Gebiet der Arbeitsverhältnissen wenn der Angestellte ein Schaden dem Arbeitgeber verursacht oder wenn der Arbeitgeber dem Angestellten ein Schaden verursacht gemäß der patrimonialen Haftung sind die Parteien verpflichtet diese Schäden durch Zahlung von Ersatzschaden wieder gutzumachen.

6.1. Umfang der Ersatzschaden

Gemäß dem Prinzip, eingetragen im Art. 1084 BGB, der totalen Wiedergutmachung der Schaden, die Ersatzschaden die vom Arbeitgeber oder Arbeitnehmer verlangt werden können, müssen sowohl *die effektiven Schaden erlitten* durch Nichterfüllung, verspätete oder mangelhafte Erfüllung vom Arbeitgeber (z.B. die Nichtzahlung der Löhne oder Zuschläge) oder vom Arbeitnehmer (z.B. Vernichtung von Materialien oder Arbeitsgeräte vor Ablauf der Verbrauchzeit) der Vertragspflichten und die als Folgen die Verminderung des Patrimoniums der Parteien hatten, *damnum emergens*, wie auch *der Gewinn der nicht erreicht wurde, lucrum cesans* beinhalten.

³⁰ Sammlung von Beschlüsse des obersten Gerichts für Jahre 1976, Seite 11 und 23.

³¹ Beschluss Nr. 45/1996 des Verfassungsgerichtes veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens, Teil I, Nr. 120 vom 21. Juni 1996.

³² L.Pop, op. cit., Seite 343.

Weil die Schaden integral repariert werden müssen und weil der Kreditor die Ersatzschaden die ihm noch nicht bezahlt wurden nicht verwenden kann, ist er berechtigt die Beträge die ihm als Ersatzschaden geschuldet werden *aktualisiert mit der Inflationsrate zu beantragen*.³³

Weil die Ersatzschaden nur als Geld festzulegen sind, werden diese ein Teil *gesetzliche Zinsen*³⁴ für die ursprünglichen Schulden, gemäß Art. 1088-1089 BGB und Eilbeschluss Nr. 9/2000 der Regierung Rumäniens über gesetzliche Zinsen³⁵ geändert durch Gesetz Nr. 356/2002³⁶, beinhalten.

In den individuellen Arbeitsverträgen können gemäß Art. 1066 und nachstehende Artikeln BGB auch *strafrechtliche Klauseln* eingetragen sein die von den Gerichtinstanzen nicht geändert oder reduziert werden können (Art. 1087 Arbeitsgesetzbuch).³⁷

Die Ersatzschäden können auch moralische Schaden sein und dieser Aspekt wurde in der Sektion über die Bedingungen der patrimonialem Haftung des Angestellten diskutiert.³⁸

Der Umfang der Ersatzschaden, die vom Arbeitgeber oder Arbeitnehmer verlangt sein können, dürfen unter Beobachtung der Grenzen der patrimoniale Haftung gegeben vom Gesetzgeber verhandelt werden aber die Ausübung dieses Rechtes im Gegensatz zu der gemeinrechtlichen Zivilhaftung hat einige spezifische Eigenschaften.³⁹

Um diese Assertion zu beweisen möchten wir nur zeigen dass die Freiheit der Parteien einen Vertrag abzuschließen kann sich auch in Form einer Befreiungsklausel, Begrenzung oder Verstärkung der patrimonialem Haftung gestalten. Solche Klauseln können in die individuellen oder kollektiven Arbeitsverträge eingetragen werden. Der Arbeitgeber hat vollkommene Freiheit dieses Recht zu benutzen aber der Arbeitnehmer kann eine Verstärkung der Haftung nicht akzeptieren weil dies ein Verstoß gegen die Bestimmungen des Art. 38 Arbeitsgesetzbuch bedeutet und eine Klausel mit dieser Thema wird automatisch als ungültig erklärt.⁴⁰

6.2. Modalitäten zur Festlegung der Ersatzschaden.

Was die Modalitäten zur Festlegung der Ersatzschaden betrifft hat der Gesetzgeber aus dem neuen Arbeitsgesetzbuch der Abziehungsbeschluss und die Zahlungsverpflichtung ausgeschlossen. Deswegen ist zurzeit möglich die Ersatzschaden nur auf gültigem Wege durch die Zustimmung der

³³ Fr. Deak, Zivilrechthandbuch, Spezielle Verträge, Actami Verlag, 1999, Seite 394-395, I.T. Ştefănescu, Die patrimoniale Haftung... , op. cit. Seite 39, I.T. Ştefănescu, Ş. Beligrădeanu, Gesamtvorstellung ..., op. cit. Seite 79-80.

³⁴ I.T.Ştefănescu, Die patrimoniale Haftung..., op. cit. Seite39.

³⁵ Veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens, Teil I, Nr. 26 vom 25. Januar 2000.

³⁶ Veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens, Teil I, Nr. 425 vom 18. Juni 2002.

³⁷ I.T. Ştefănescu, Ş. Beligrădeanu, Gesamtvorstellung....., op. cit. Seite 80.

³⁸ Siehe "Schäden die dem Arbeitgeber verursacht wurden", Paragraph 6.1.3.

³⁹ Für die Vereinbarungen über Abänderung der Vertragshaftung siehe auch L. Pop, op. cit. Seite 351-352.

⁴⁰ I.T. Stefanescu, S. Beligradeanu, Allgemeine Darstellung, op. cit. Seite 79-80, I.T. Stefanescu, Die patrimoniale Haftung, op. cit. Seite, 39.

Parteien (als Verhandlung über Schadenumfang und Möglichkeiten zur Wiedergutmachung) festzulegen und nur wenn keine gütige Lösung erreicht wurde oder die Parteien nicht bereit sind ein einem solchen Verfahren teilzunehmen dann werden die zuständigen Gerichtsinstanzen die Klage als Rechtenkonflikt lösen.

Die erste Möglichkeit, bzw. die Möglichkeit den Umfang des Schadenersatzes auf gutigem Wege festzulegen und zu reparieren wird als günstig betrachtet von beide Parteien die ein individueller Arbeitsvertrag abgeschlossen haben und wird empfohlen weil die patrimoniale Haftung geregelt von Art. 269 Absatz 1 wie auch die Haftung die Gegenstand des Art. 270, Absatz 1 ist, können als Formen der gemeinrechtlichen Haftung gegeben von der zivilrechtlichen Vertragshaftung betrachtet werden. Die Willensfreiheit der Parteien hat in diesem Fall eine große Bedeutung.⁴¹

Die Zahlungsverpflichtung die gemäß dem alten Arbeitgesetzbuch der Schuldner übernehmen musste wird von dem neuen Arbeitgesetzbuch nicht mehr als Modalität zur Festlegung des Schadenersatzes akzeptiert. Selbstverständlich hat der Angestellte die Freiheit eine solche Verpflichtung zu unterschreiben aber sie kann nur die Rolle einer Akzeptierung der Schuld spielen.⁴²

Die zweite Möglichkeit, wenn die Parteien mit der Wiedergutmachung der Schaden nicht einverstanden sind, oder wenn einer der Parteien nicht bereit ist ein solches Verfahren zu verwenden, oder wenn die vereinbarte Lösung nicht eingehalten wird, dann der Kreditor, unabhängig ob er Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ist, hat eine einzige Lösung zur Anerkennung seiner Rechte und das ist eine Klage, binnen 3 Jahren nachdem sein Klagerecht erschienen ist, bei der zuständigen Instanzen einzulegen (Art. 283 Absatz 1b Buchstabe c Arbeitgesetzbuch). Diese Zeitspanne beginnt ab dem Datum wenn dem Betroffenen der Schaden und der Täter bekannt wurden (Art. 8, Absatz 1 des Dekretes Nr. 167/1958 über die auflöschende Verjährung).

Die Möglichkeit zur Festlegung des Umgangs der patrimonalen Haftung durch einen Abziehungsbeschluss oder durch Unterschreibung einer Zahlungsverpflichtung wird als Ausnahme für Beamten von Art. 77-78 des Gesetzes 188/1999 über Statut der öffentlichen Beamten⁴³ anerkannt.

Was die Verwendung der Bestimmungen des Art. 1079 und Art. 1081 BGB betrifft, so wie auch von Fachliteratur gezeigt wird, sind wir der Meinung dass der Schuldner (Arbeitgeber oder Arbeitnehmer) nicht im Verzug durch Nichterfüllung oder nicht sachgemäße oder verspätete Erfüllung seiner Verpflichtungen ist gemäß dem individuellen Arbeitsvertrag wenn der Kreditor nicht feststellen kann dass er beschädigt wurde.⁴⁴

⁴¹ I.T. Stefanescu, Die Patrimoniale Verantwortung....., op. cit. Seite 34-36.

⁴² Ibidem, Seite 38-39.

⁴³ Veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens, Teil I, Nr. 600 vom 8. Dezember 1999.

⁴⁴ I.T. Stefanescu, S.Beligradeanu, Allgemeine Darstellung, op.cit., Seite 81.

Bibliographie:

Doktrin

1. **I. Albu**, *Der Vertrag und die Vertraghaftung*, Dacia Verlag, 1994;
2. **I. Albu**, *Die zivilrechtliche Vertraghaftung für nicht patrimoniale Schaden (moralische Nachteile) in Das Recht Zeitschrift*, Nr. 2/1992;
3. **I. M. Anghel**, *Zivilhaftung*, Ştiinţifică Verlag, Bukarest, 1970;
4. **Ş. Beligrădeanu**, *Allgemeine Untersuchung des Beschlusses Nr. 121/1998 der Regierung über die materielle Haftung der Soldaten in Das Recht Zeitschrift Nr. 12/1968*;
5. **Ş. Beligrădeanu**, *Vermerk zum Beschluss Nr. 1669/2000 der Verwaltungsabteilung des obersten Gerichtes in Das Recht Zeitschrift Nr. 11/2000*;
6. **M. Cosmin**, *Die juristische Haftung im Rechtssystem der Sozialistischen Republik Rumänien*, Dacia Verlag, Cluj-Napoca, 1974;
7. **Fr. Deak**, *Zivilrechthandbuch*, Spezielle Verträge, Actami Verlag, 1999;
8. **M. Eliescu**, *Strafbare Zivilhaftung*, Academiei Verlag, Bukarest, 1972;
9. **C. Filtan**, *Die juristische Grundlagen der patrimoniale Haftung der sozialistischen Organisationen für Schaden verursacht den Angestellten durch Arbeitsunfälle*, Juristische Studien und Forschungen Zeitschrift, Nr. 1/1962;
10. **S. Ghimpu, A. Ticlea**, *Arbeitsrecht*, All Beck Verlag, 2001;
11. **S. Ghimpu**, *Arbeitsrecht*, Materielle Haftung, Universität in Bukarest, 1977;
12. **C. Hamangiu**, *Handbuch des römischen Zivilrechtes*, All Verlag;
13. **L. Pop**, *Allgemeine Theorie der Verpflichtungen*, Lumina Lex Verlag, 1998;
14. **L. Roşu**, *Das neue Arbeitsgesetzbuch – Übergang von materielle Haftung zur zivilrechtlichen Vertraghaftung*, in Rumänische Zeitschrift für Rechtswissenschaften Nr. 2/2003;
15. **I. T. Ştefănescu**, *Arbeitsrecht*, Lumina Lex Verlag, 1997;
16. **I. T. Ştefănescu**, *Die patrimoniale Haftung geregelt durch das neue Arbeitsgesetzbuch in Das Recht Zeitschrift Nr. 9/2003*;
17. **I. T. Ştefănescu, Ş. Beligrădeanu**, *Allgemeine Darstellung und kritische Vermerke über das neue Arbeitsgesetzbuch*, in Das Recht Zeitschrift Nr. 4/2003.

Juristische Praxis

1. Das Oberste Gericht, Zivilabteilung, Beschluss Nr. 1207/1989 in Das Recht Zeitschrift Nr. 3/1990, Seite 71.
2. Sitzung des Obersten Gerichtes, Leitungsbeschluss Nr. 1/1979 in Sammlung von Beschlüsse des Obersten Gerichtes für Jahre 1976.

3. Gerichtshof des Munizipiums Bukarest, Zivilabteilung IV, Beschluss Nr. 167/1990 in *Dar Recht Zeitschrift* Nr. 2/1992.
4. Beschluss Nr. 45/1996 des Verwaltungsgerichtes veröffentlicht im *Amtsblatt Rumäniens*, Teil I, Nr. 120 vom 21.Juni 1996.
5. Das Oberste Gericht, Zivilabteilung, Beschluss Nr. 2077/1998, in die *Rumänische Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, Nr. 6/1989.
6. Sitzung des Obersten Gerichtes, Leitungsbeschluss Nr. 1/1978 in *Sammlung von Beschlüsse für Jahre 1978*.