

**MINISTERUL EDUCAȚIEI CERCETĂRII ȘI INOVĂRII
UNIVERSITATEA ROMÂNĂ – AMERICANĂ
FACULTATEA DE DREPT**



**INSTITUȚII JURIDICE CONTEMPORANE
ÎN CONTEXTUL INTEGRĂRII ROMÂNIEI ÎN
UNIUNEA EUROPEANĂ**

**SIMPOZION NAȚIONAL CU PARTICIPARE
INTERNAȚIONALĂ**

Ediția a III-a

COFINANȚARE ANCS

București
2009

Coordonatorul LUCRĂRII
Prof. univ. dr. Florea Măgureanu

Tehnoredactare
Călin Constantin

EDITURĂ RECUNOSCUTĂ DE CONSILIUL NAȚIONAL AL CERCETĂRII
ȘTIINȚIFICE DIN ÎNVĂȚĂMÂNTUL SUPERIOR (C.N.C.S.I.S.).

**MINISTERUL EDUCAȚIEI CERCETĂRII ȘI INOVĂRII
UNIVERSITATEA ROMÂNĂ – AMERICANĂ
FACULTATEA DE DREPT**



**INSTITUȚII JURIDICE CONTEMPORANE
ÎN CONTEXTUL INTEGRĂRII ROMÂNIEI ÎN
UNIUNEA EUROPEANĂ**

**SIMPOZION NAȚIONAL CU PARTICIPARE
INTERNAȚIONALĂ**

Ediția a III-a

COFINANȚARE ANCS



Copyright © 2010, **Editura Pro Universitaria**

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin
Editurii Pro Universitaria

Nici o parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al
Editurii Pro Universitaria

ISSN 2065-5495

CUPRINS

COMPETITIVITATEA ÎNVĂȚĂMÂNTULUI SUPERIOR DIN ROMÂNIA - STUDIU DE CAZ: UNIVERSITATEA ROMÂNNO-AMERICANĂ

Ovidiu Folcuț..... 13

COMPARING U.S. AND ROMANIAN EDUCATIONAL SYSTEMS LEADING TO A LAW DEGREE

James K. Mccollum 22

STRATEGIA CERCETĂRII ȘTIINȚIFICE 2007-2013

Maria Moise 24

ASSIGNMENT OF CREDIT-AS A WAY TO ACHIEVE THE TRANSFER OF CREDIT THROUGH INDIRECT LEGAL MEANS IN THE ROMANIAN PRIVATE LAW AND OTHER COUNTRIES' LEGISLATIVE SYSTEM

Gheorghe Botea, Cristian Popa 29

DREPTUL LA UN PROCES ECHITABIL ȘI ACCESUL LIBER LA JUSTIȚIE, GARANȚII CERUTE DE CONVENȚIA EUROPEANĂ A DREPTURILOR OMULUI

Florea Măgureanu 42

MEDIEREA ȘI PERSPECTIVELE EI

Florea Măgureanu 50

NOUA ORDINE MONDIALĂ DE LA MAURICE GOMBERG PÂNĂ LA UNIUNILE CONTINENTALE DIN PERIOADA CONTEMPORANĂ

Florian Coman 57

INSTITUȚII EUROPENE DE COOPERARE PRIVIND PREVENIREA ȘI COMBATAREA TRAFICULUI DE PERSOANE

Ștefan Prună, Cristian-Eduard Ștefan 72

EVALUAREA AMENINȚĂRILOR PRIVIND CRIMINALITATEA ORGANIZATĂ ÎN SPAȚIUL UNIUNII EUROPENE

Ștefan Prună, Cristian-Eduard Ștefan 83

CERTITUDINEA ÎN ALEGEREA LEGII

Ionescu Silviu..... 92

ROLUL INVESTIGAȚIEI CRIMINALISTICE ÎN CERCETAREA DOCUMENTELOR SCRISE

Florin Ionescu 95

ARGUMENTE IN SPRIJINUL SOLUTIEI DE PRINCIPIU ADOPTATA LA DATA DE 26.05.2008 DE JUDECATORII SECTIEI DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV SI FISCAL A INALTEI CURTI DE CASATIE SI JUSTITIE	
<i>Liviu Giurgiu, Cristian Giuseppe Zaharie.....</i>	102
UNELE CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA DREPTUL LA APĂRARE ÎN JURISPRUDENȚA EUROPEANĂ	
<i>Marieta-Valerica Dumitrescu</i>	105
UNELE CONSIDERAȚII TEORETICE ȘI DE PRACTICĂ JUDICIARĂ PRIVIND DELIMITAREA TENTATIVEI DE ACTELE DE PREGĂTIRE INCRIMINATE ÎN LEGISLAȚIA PENALĂ	
<i>Lazăr Valerică.....</i>	115
RĂSPUNDEREA DISCIPLINARĂ A JUDECĂTORILOR - STUDIU DE DREPT COMPARAT-	
<i>Ghernaja Geta-Cristina.....</i>	122
PROPUNERE DE LEGE FERENDA PRIVIND INTRODUCEREA UNUI SISTEM AUTOMAT DE DESPĂGUBIRE A VICTIMELOR PRIVĂRII SAU RESTRÂNGERII NELEGALE DE LIBERTATE	
<i>Iosof Radu.....</i>	132
PARLAMENTUL EUROPEAN-VERITABIL ORGAN REPREZENTATIV?	138
ARBITRAJUL AD-HOC ȘI ARBITRAJUL INSTITUȚIONAL ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNĂ ACTUALĂ	
<i>Carmen Pălăcean</i>	162
ASPECTE SPECIFICE CAUZEI JUSTIFICATIVE DE INDEPLINIRE A UNEI OBLIGAȚII IMPUSA DE AUTORITATEA COMPETENTA	
<i>Asadi-Jozani Nicoleta-Violeta</i>	168
APRECIERI PRIVIND PREVENIREA ȘI COMBATERICA CRIMINALITĂȚII DIN SISTEMUL BANCAR	
<i>Nicolae Ghinea, Claudia Marta Ghinea</i>	174
ACREDITIVUL DOCUMENTAR	
<i>Ghinea Nicolae, Marcoci Petrila-Mihail.....</i>	183
UNELE CONSIDERAȚII TEORETICE PRIVIND - FENOMENUL TURISMULUI PEDOSEXUAL ÎN CONTEXT EUROPEAN	
<i>Barbu Nicu-Damian, Petcu Paul Mircea</i>	189

REGLEMENTAREA JURIDICĂ A GRUPĂRILOR MISTICO-RELIGIOASE, ÎN CONTEXT EUROPEAN <i>Barbu Nicu-Damian, Petcu Paul Mircea</i>	195
INFLUENȚE ALE PROCESULUI DE LA BOLOGNA ASUPRA PREGĂTIRII DE BAZĂ A POLIȚIȘTILOR DE FRONTIERĂ <i>Popescu Cristian Florin, Vasile Sergiu Adrian.....</i>	203
DREPTUL LA VIAȚĂ AL PERSOANELOR CONDAMNATE LA DETENȚIE PE VIAȚĂ <i>Costache Gheorghe</i>	214
IMPACTUL DREPTULUI UNIUNII EUROPENE - ASUPRA DISPOZIȚIILOR NAȚIONALE PRIVIND OBLIGAȚIILE CONTRACTUALE <i>Charlotte Ene, Nely Militaru</i>	219
VENITURILE SALARIALE NESUPUSE IPOZITĂRII REGLEMENTATE DE CODUL FISCAL <i>Măgureanu Poptean George</i>	229
ROLUL ASIGURĂRILOR PENTRU ȘOMAJ ȘI STIMULAREA OCUPĂRII FORȚEI DE MUNCĂ <i>Măgureanu Poptean George</i>	247
INTRODUCERE ÎN JURISPRUDENȚA CURȚII EUROPENE DE JUSTIȚIE ÎN MATERIE FISCALĂ <i>Cîrmaciu Diana</i>	255
MANAGEMENTUL COOPERĂRII ÎN FORMULA PARTENERIATULUI ESTIC <i>Vlădulescu (Dan) Andreea Maria.....</i>	261
ABUZUL DE POZIȚIE DOMINANTĂ <i>Popescu Gheorghe, Marcoci Petrila-Mihail</i>	268
TRANZACȚIILE INTRACOMUNITARE. MODALITĂȚI DE FRAUDARE LA REGIMUL T.V.A. <i>Marius Pantea, Mihuț Ardelean</i>	275
PREVENIREA ȘI COMBATERICA FRAUDELOR ÎN DOMENIUL JOCURILOR DE NOROC <i>Marius Pantea, Mihuț Ardelean</i>	287
TRAFICUL CU MIJLOACE DE PLATĂ CONTRAFĂCUTE <i>Pintilie Ligia</i>	301

PROCEDEE PRACTICE ȘI TACTICE DE CONLUCRARE ÎNTRE STRUCTURILE DE COMBATEREA CRIMEI ORGANIZATE DIN CADRUL MINISTERULUI ADMINISTRAȚIEI ȘI INTERNELOR, AL SERVICIILOR DE INFORMAȚII, CU MINISTERUL PUBLIC	
<i>Toma Rus</i>	308
CRIMINALITATEA ORGANIZATĂ ÎN OLANDA ȘI BELGIA	
<i>Toma Rus</i>	313
IMPLEMENTAREA STRATEGIILOR ȘI POLITICILOR ÎN DOMENIUL RELATIILOR DE MUNCĂ	
<i>Georgeta Modiga.....</i>	317
REFERENDUMUL – ALTERNATIVĂ LA INIȚIATIVA POPULARĂ	
<i>Voica Ileana</i>	329
„COMERȚUL” CU FIINȚE UMANE	
<i>Anghel Stoica.....</i>	333
REGLEMENTAREA CONTRACTELOR ADMINISTRATIVE DE DELEGARE A GESTIUNII SERVICIULUI PUBLIC	
<i>Cristian Giuseppe Zaharie</i>	347
REGLEMENTARI U.E. PRIVIND CONTRACTELE ADMINISTRATIVE	
<i>Cristian Giuseppe Zaharie</i>	349
PRINCIPIUL DISPONIBILITĂȚII ÎN PROCEDURA PLÂNGERII PREALABILE	
<i>Cristi Danileț.....</i>	375
UNELE CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA PROTECȚIA DREPTURILOR FUNCȚIONARILOR PUBLICI COMUNITARI ÎN PRACTICA JUDICIARĂ A CURȚII EUROPENE DE JUSTIȚIE	
<i>Cristina Titirișcă.....</i>	390
REFLECTAREA STANDARDELOR EUROPENE PRIVIND DREPTUL MĂRII ÎN LEGISLAȚIA NAȚIONALĂ	
<i>Popescu Daniela Nicoleta</i>	401
CONSIDERAȚII GENERALE PRIVIND PREVENIREA ȘI COMBATEREA INFRAȚIONALITĂȚII STRADALE. CAUZELE GENERATOARE ALE ACESTEIA	
<i>Savu Sebastian.....</i>	405

CONTROLUL JUDECĂTORESC AL ACTELOR ADMINISTRATIVE PE BAZA EXCEPȚIEI DE NELEGALITATE <i>Mitric Bogdan Marian, Mitric Maria Magdalena.....</i>	412
LIBERTATEA DE CIRCULAȚIE- UNUL DINTRE DREPTURILE FUNDAMENTALE ALE OMULUI <i>Oana Gălățeanu</i>	419
PREOCUĂRI ALE AUTORITĂȚILOR ROMÂNE PENTRU PROTECȚIA ȘI ASISTENȚA VICTIMELOR TRAFICULUI DE FIINȚE UMANE <i>Arat Gheorghe Teodor</i>	426
CONSIDERAȚII PRIVIND RESPECTAREA DREPTURILOR OMULUI ÎN PROCESUL DE DOCUMENTARE A ACTIVITĂȚII PERSOANELOR CARE FAC PARTE DIN ORGANIZAȚIILE CRIMINALE <i>Pintilie Ligia</i>	432
REPERE ALE EVOLUTIEI DREPTURILOR OMULUI DREPTUL LA LIBERĂ ASOCIERE ȘI AFILIERE <i>Foca Marian.....</i>	438
CÂTEVA CONSIDERAȚII PRIVIND GRUPUL DE INTERES ECONOMIC - O NOUĂ PERSOANĂ JURIDICĂ ROMÂNĂ <i>Diana Anca Artene</i>	453
SCOPUL PROCEDURII INSOLVENȚEI <i>Luminița Tulească.....</i>	457
PERSOANELE JURIDICE PARTICIPANTE LA ACTIVITATEA COMERCIALA <i>Luminița Tulească.....</i>	465
ASPECTE DE DREPT FISCAL INTERNAȚIONAL ÎN CONTEXTUL ADERĂRII ROMÂNIEI LA U.E. <i>Simona Chirică.....</i>	484
DREPTURI PATRIMONIALE CE POARTĂ ASUPRA BUNURILOR MOBILE SUPUSE ÎNREGISTRĂRII <i>Ispas Oana Florentina</i>	491
UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND PROCEDURA PENALĂ ÎN DOMENIUL INFORMAȚIILOR DE SECURITATE NAȚIONALĂ <i>Rodica Popa, Niculae Gamenț Antoniu.....</i>	502
INTEGRAREA ȘI GLOBALIZAREA ECONOMICĂ <i>Adriana Rodica Mureșan.....</i>	508

PROCESUL GLOBALIZĂRII. EXTINDEREA U.E. <i>Adriana Rodica Mureșan</i>	516
MANAGEMENTUL PROCESULUI DE PREGĂTIRE PROFESIONALĂ A PERSONALULUI – GARANT AL SUCCESULUI ȘI EFICIENȚEI ACTIVITĂȚILOR POLIȚIEI ROMÂNE <i>Constantin Ciprian, Vasile Sergiu Adrian</i>	541
MANDATUL EUROPEAN DE ARESTARE <i>Tache Simona</i>	552
DAUNELE MORALE ÎN PROCESUL PENAL <i>Tache Simona</i>	557
SOMAȚIA DE PLATĂ MIJLOC DE REALIZARE A PRINCIPIULUI CELERITĂȚII <i>Giosan Ruxandra-Oana, Perțache Eugen</i>	562
ASIGURAREA DE BUNURI ÎN CONTEXTUL INTEGRĂRII ROMÂNIEI ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ <i>Dobrescu Andreia</i>	568
INFRAȚIUNE ȘI SECURITATE ÎN DOMENIUL INFORMATIC <i>Cautiș George-Maricel, Călin Constantin, Nicolae Roxana</i>	578
LEGEA DREPTULUI DE AUTOR <i>Lado Adrian, Moraru Mihai</i>	591
DREPTURILE OMULUI – GARANTIE SI NECESITATE INTR-UN STAT DE DREPT EUROPEAN <i>Dobrescu Ștefania-Dorina</i>	606
LINGUISTIC HUMAN RIGHTS OF IMMIGRANTS IN EUROPEAN STATES (A CASE STUDY OF THE CZECH REPUBLIC) <i>Sylva Svejdarova</i>	613
ASPECTE PRIVIND JURISPRUDENȚA ÎN DOMENIUL VIOLENȚEI ÎN FAMILIE <i>Mircea Hotoboc</i>	622
CONSIDERAȚII ÎN LEGĂTURĂ CU MĂSURILE EDUCATIVE – COMPONENTĂ IMPORTANTĂ A SISTEMULUI SANȚIONATOR APLICABIL MINORILOR <i>Veronica Gal</i>	627

APARAREA DREPTURILOR OMULUI IN TIMPUL RECRUTARII, SELECTIEI SI ANGAJARII IN ORGANIZATIILE ROMANESTI <i>Florea Nicoleta Valentina, Florea Dragos</i>	638
A HUMAN RIGHTS APPROACH TO ENVIRONMENTAL PROTECTION: THE CASE OF ETHIOPIA <i>Abadir Ibrahim</i>	647
THE SEXUAL EXPLOITATION OF CHILD SOLDIERS IN THE DRC: A VICTIM-CENTERED APPROACH UTILIZING HUMAN TRAFFICKING PRINCIPLES <i>Jessica Nann Madsen</i>	659
ASPECTE PRIVIND SOLUȚIONAREA ACȚIUNILOR CE AU CA OBIECT ÎNREGISTRAREA INCIDENTELOR DE PLĂȚI ÎN CADRUL CENTRALEI INCIDENTELOR DE PLĂȚI A B.N.R. <i>Roșu Alexandru Crstian.....</i>	681
CHILD AND WOMAN PROTECTION IN ROMANIA AS A MEMBER OF THE E.U. <i>Bălăsoiu Anca Elena</i>	686
DREPTUL FUNDAMENTAL LA UN MEDIU SĂNĂTOS ȘI ECHILIBRAT ECOLOGIC <i>Ioniță-Burda Ștefania-Diana</i>	690
REGIMUL RĂSPUNDERII CIVILE ÎN DREPTUL MEDIULUI <i>Ioniță-Burda Ștefania-Diana</i>	701
COMPETENȚA JURISDICȚIONALĂ A INSTANȚELOR ROMÂNE POTRIVIT PRINCIPIILOR GENERALE ALE LEGII NR. 105/1992 <i>Nathaniel Cornoiu-Jitărășu.....</i>	708
CLARIFYING COMMON INTENTION AND INTERPRETING S34: SHOULD THERE BE A THRESHOLD OF BLAMEWORTHINESS FOR THE DEATH PENALTY? <i>Kumaralingam Amirthalingam.....</i>	715
THE EUROPEAN UNION’S APPROACH TO HUMAN RIGHTS AND ITS EFFECTS ON TURKEY <i>Lale Burcu Önüt</i>	725
COMPORTAMENTUL SOCIAL <i>Mihaiu Vasile</i>	735

COMPETITIVITATEA ÎNVĂȚĂMÂNTULUI SUPERIOR DIN ROMÂNIA

STUDIU DE CAZ: UNIVERSITATEA ROMÂNNO-AMERICANĂ

Prof. univ.dr. OVIDIU FOLCUT

Competitivitatea este un concept complex, îndelung dezbătut de economiștii din întreaga lume. Fiind indisolubil legat de noțiunea de competiție, el exprimă la un nivel general, capacitatea persoanelor, firmelor, economiilor, regiunilor ... de a se menține în competiția derulată la nivel intern și/sau mai ales internațional și de a obține avantaje economice (și nu numai) din aceasta.

1. Aspecte generale referitoare la conceptul de competitivitate

Definirea competitivității la nivel de firmă este relativ ușor de realizat după părerea profesorului Carbaugh de la Washington University. În opinia sa, „*o firmă este competitivă dacă produce bunuri sau servicii de o calitate superioară sau la un preț mai scăzut decât competitorii săi interni sau externi*”.

Din punctul de vedere al unei națiuni însă, competitivitatea poate fi definită în multiple moduri. Toate aceste abordări și clasificări au un numitor comun – acestea exprimă capacitatea și abilitatea țării respective, de a utiliza în mod eficient oportunitățile existente la nivelul pieței mondiale.

În concepția clasicilor economiei politice, manifestarea cererii și a ofertei întemeiată pe libera inițiativă, generată de proprietatea privată, neglijează factorii de timp și de loc. Prin însuși faptul că echilibrul economic se asigură numai prin sistemul și mecanismul piețelor, agenții economici sunt condamnați la pasivitate, aceștia având asigurat fie avantajul comparativ absolut, fie pe cel relativ. “*În teoria modernă – așa după cum remarcă economistul austriac Peter Schifko – competiția coexistă cu elemente monopolistice, ea este deci multiformă, căci nu se manifestă doar prin prețuri, ci în egală măsură, prin modul de a produce, prin calitatea produsului, prin politica de vânzări și poli-competiție (concurență) este imperfectă și prin însuși acest caracter, ea este dinamică și efectivă*”¹.

Această optică, specifică perioadei contemporane, cu privire la competitivitate, am căutat să o așezăm la baza conceptului de avantaj competitiv. Două caracteristici ale competitivității, arătate mai sus, vor fi valorificate pentru definirea avantajului competitiv și al măsurilor ce trebuie adoptate, pentru ca o țară (o economie) să-l obțină: caracterul multifactorial și caracterul procesual, la interferența dintre intern și extern, dintre productivitatea folosirii factorilor de producție disponibili în cadrul economiei de referință și eficiența cu care se derulează relațiile comerciale interțări.

Totodată, ne putem concentra atenția asupra unei definiții a competitivității internaționale, care poate fi valorificată cu succes în cadrul actual. “*Competitivitatea internațională – susține R. Carbaugh - reprezintă capacitatea unei țări, în condițiile pieței libere și ale unei concurențe corecte, de a concepe, produce și comercializa bunuri și servicii fie de o calitate superioară, fie la un preț inferior față de produsele și serviciile oferite de alte țări.*”²

¹ Peter Schifko – “Langage Economique, Service, Wien, 1989,p.210

² Robert Carbaugh – International Economics, South-Western College Publishing Co., 1995,

Oferirea de bunuri și servicii de o calitate superioară este în mod clar o problemă legată de competitivitate. Cu toate acestea, asupra ultimei părți a definiției – aceea legată de preț – pot fi făcute unele comentarii. Conform anumitor opinii, capacitatea unei țări de a obține prețuri mari la produsele comercializate pe piața mondială reprezintă un obiectiv mult mai atractiv și, prin urmare, o probă mai puternică a competitivității, decât vânzarea la prețuri mici. Dacă asociem un produs specific zilelor noastre, calculatorul, cu teoria lui Vernon, vom putea observa o serie de elemente ce susțin caracterul multifactorial al competitivității, ca și cel procesual. Astfel, banalul calculator de buzunar, care a fost inventat la începutul anilor '60 și care se vindea de către producătorii americani cu 1000 de dolari bucata, avea la începutul anilor '70 un preț de aproximativ 400 USD, pentru ca apoi să scadă în următorii ani până la un preț de 10-20 de dolari, ceea ce a făcut ca producția sa să fie abandonată practic de cei care l-au lansat. Dacă pentru un producător din Asia de S-E, America Latină sau Europa de Est, un preț al calculatorului de 10 USD, poate fi competitiv, pentru companii precum Hewlett Packard sau Casio, acest nivel de preț este neremunerator. Avantajul competitiv al firmelor aflate în avangarda progresului tehnic, se află în ramurile de vârf, în care avansul tehnologic permite obținerea de prețuri pe măsură și nu în ramurile cu tehnologie standardizată.

Pot fi distinse cel puțin două abordări principale ale conceptului de competitivitate, așa după cum susține Kirsty Hugues¹:

- o primă abordare privește competitivitatea ca pe o chestiune de eficiență relativă, statică sau dinamică. Aceasta se poate cuantifica pe baza nivelurilor de performanță (nivelul productivității, creșterea competitivității, etc).
- a doua abordare consideră competitivitatea ca pe o reflectare a performanțelor în comerțul internațional (performanțe măsurate sub forma cotelor deținute pe piețele de export, fie sub forma gradului de penetrare a importului).

Există numeroase alte definiții ale competitivității. De pildă, OCDE o definește astfel: *“capacitatea firmelor, sectoarelor, regiunilor, statelor sau organismelor supranaționale, aflate în competiție internațională, de a asigura în mod susținut un venit relativ ridicat din valorificarea factorilor de producție, precum și un venit superior din valorificarea forței de muncă”*². Această definiție reliefează în mod clar impactul determinant pe care competitivitatea unei națiuni îl are asupra nivelurilor veniturilor și implicit asupra nivelului de trai din țara în cauză. Deci se pune accent pe finalitatea socială a creșterii competitivității.

O altă definiție a fost dată de Direcția Generală pentru Probleme Economice și Financiare de pe lângă Comisia Europeană. *“Competitivitatea – subliniază specialiștii Comisiei Europene - este capacitatea unei țări de a realiza coordonarea creșterii economice cu echilibrul extern; la baza performanțelor externe ale țărilor industrializate – continuă ei – stă importanța fundamentală pe care o are comerțul internațional. Totuși, accentuând rolul pe care îl deține diferențierea produselor în strategia competitivă a firmelor, economia industrială a limitat acest tip de abordare, considerând că el nu constituie o bază adecvată pentru o evaluare cuprinzătoare a competitivității”*³.

¹ Kirsty Hugues – European Competitiveness, Cambridge University press, 1993, pag. 5

² www.oecd.org

³ Comisia Europeană - Annual Economic Report

Această definiție pune accentul, în primul rând, pe lărgirea spectrului variabilelor ce trebuie luate în considerare în analiza competitivității (productivitatea, inovația tehnologică, investițiile în capitalul fizic și uman, politici structurale ...).

În al doilea rând, această definiție privește competitivitatea prin prisma raportului dintre creșterea economică și echilibrul extern. Competitivitatea nu este însă un joc cu sumă nulă, în sensul că națiunile beneficiază de pe urma creșterii economice înregistrate de alte națiuni. Aceasta deoarece creșterea economică dintr-o anumită parte a lumii, determină deschiderea de noi piețe de desfacere, pentru produsele și serviciile provenind din alte părți, precum și formarea surselor de aprovizionare ale acestora din urmă.. Astfel, a fi competitiv nu înseamnă a determina dezavantaje pentru ceilalți parteneri comerciali, ci a crește și utiliza pe deplin avantajul propriu .

1.1. Analiza competitivității la nivel European, din perspectiva Agendei Lisabona

În anul 2000, liderii europeni au convenit că este imperios necesar să stimuleze creșterea economică și a numărului de locuri de muncă și să transforme economia europeană în cea mai competitivă economie bazată pe cunoaștere din lume. Termenul stabilit la momentul respectiv era anul 2010, dar între timp, acest deziderat pare să se fi îndepărtat și mai mult. În măsura în care Europa ar fi reușit, să-și atingă aceste țeluri, PIB-ul acestei zone ar fi putut crește cu 12 % - 23 % și numărul locurilor de muncă ar fi putut avea o evoluție pozitivă, cu până la 11 %.

Ca parte a procesului Lisabona, summit-ul din 2002, de la Barcelona a stabilit obiective comune referitoare la educație și pregătire în Europa. În mai 2003, Consiliul a stabilit cinci ținte esențiale până în 2010:

- rata medie a abandonului școlar, la nivelul studiilor de bază să nu depășească 10%;
- cel puțin 85% dintre tinerii în vârstă de până la 22 de ani să-și fi definitivat cursurile școlare secundare sau cele liceale;
- ponderea tinerilor de până la 15 ani care prezintă deficiențe de instruire, trebuie să descrească cu cel puțin 20%, în comparație cu anul 2000;
- nivelul mediu de participare la programe de învățare continuă, la nivelul UE, a persoanelor cu vârste cuprinse între 25-64 de ani, trebuie să ajungă la cel puțin 12,5%;
- numărul total de absolvenți în domeniile matematică, științe și tehnologie la nivelul UE va crește cu cel puțin 15% până în 2010 și în același timp discrepanța existentă pe sexe, din acest punct de vedere, se va atenua.

1.2. Cuantificarea mărimii și dinamicii competitivității economice a națiunilor

Măsurarea competitivității economice a țărilor și ierarhizarea lor în funcție de nivelul și dinamica acesteia, a devenit o preocupare cu caracter general. În cele ce urmează, vor fi prezentate rezultatele studiului elaborat de Forumul Economic Mondial (World Economic Forum - WEF) care publică, începând din 1979, Raportul asupra Competitivității Globale.

Acest studiu își elaborează ierarhia anuală a competitivității pe baza a 12 piloni, considerați fundamentali într-un astfel de context¹:

- Instituții;
- Infrastructură;

¹ <http://www.weforum.org/en/initiatives/gcp/Global%20Competitiveness%20Report/index.htm>

- Stabilitate macroeconomică;
- Sănătate și educație primară;
- Învățământ superior și training;
- Eficiența pieței interne;
- Eficacitatea pieței muncii;
- Gradul de complexitate al pieței financiare;
- Eficiența tehnologică;
- Dimensiunea pieței interne;
- Nivelul de complexitate al afacerilor;
- Nivelul de inovare.

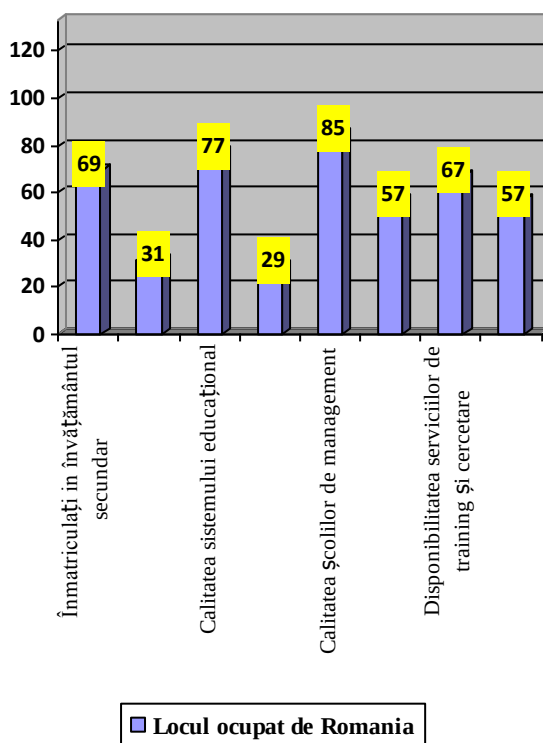
Conform studiului dat publicității, pentru 2009-2010, cea mai competitivă economie, la nivel global, este Elveția, urmată de Statele Unite ale Americii, Singapore, Suedia, Danemarca și Finlanda. Interesant este și faptul că în acest clasament, care cuprinde 133 de state, China a urcat până pe locul 29, depășind cu mult țări dezvoltate, cu tradiție, precum Italia, spre exemplu, aflată abia pe locul 48. În același clasament, națiunea cel mai bine situată dintre țările Europei Centrale și de Est este Cehia – locul 31, România situându-se abia pe locul 64, dar în urcare față de studiul publicat în anul anterior, când se situa pe locul 68.

Pe de altă parte, după cum putem observa din conținutul studiului invocat anterior, unul dintre pilonii de bază ai competitivității este reprezentat de ”învățământ superior și training”, care are o pondere de 17% în calculul indicelui compozit. În interiorul acestui criteriu regăsim cu ponderi egale trei indicatori luați în calcul:

- **”dimensiunea cantitativă a educației”** – stabilită pe baza numărului de tineri înregistrați în cadrul învățământului secundar și respectiv terțiar precum și a chetuielilor dedicate acestui domeniu;
- **”dimensiunea calitativă a educației”** – definită, în principal, prin calitatea sistemului educațional, în ansamblu, calitatea educației în domniile matematică și științe ale educației, calitatea școlilor (specializărilor) de management și nivelul de acces al școlilor la internet;
- **”disponibilitatea training-ului la nivelul locului de muncă”** – indicator calculat pe baza oportunităților interne existente pentru servicii specializate de training și cercetare și respectiv a posibilităților de pregătire oferite pentru pozițiile manageriale.

Clasamentul realizat din perspectiva acestui pilon fundamental al competitivității relevă faptul că cea mai competitivă țară este Finlanda, urmată de Danemarca și Suedia. Statele Unite sunt clasate abia pe locul 7, iar Marea Britanie se poziționează abia pe locul 18. Din aceeași perspectivă România este pe locul 52, foarte aproape de Italia, locul 49 și înaintea Bulgariei, locul 60, iar poziționarea țării noastre în raport de fiecare subindicator este reflectată în figura 1.

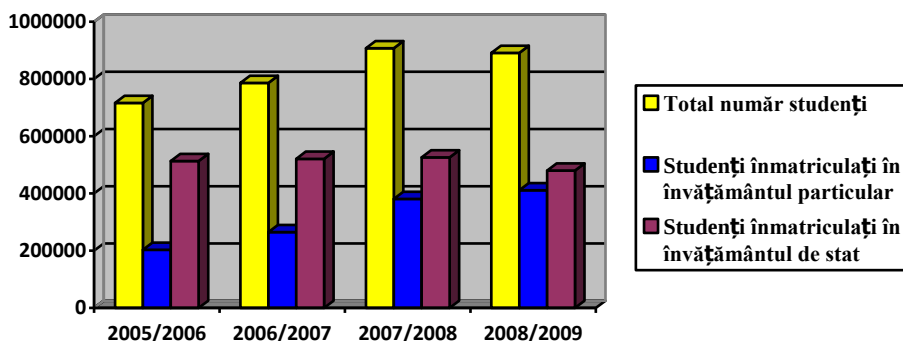
Fig. 1 - România în cadrul pilonului "învățământ superior și training"



2. Universitatea Româno-Americană în context sistemului educațional național și european

După cum se cunoaște, învățământul superior românesc este structurat, din perspectiva formei de proprietate, în instituții de învățământ de stat și particulare. După 1990 evoluția, din punct de vedere cantitativ, ponderea învățământului particular, în totalul învățământului superior românesc a crescut, în mod constant, după cum se poate observa din fig. nr. 2. Referitor la creșterea calitativă, o serie de aspecte vor fi relevate în cele ce urmează și toate aceste elemente vor exprima în mod implicit rolul învățământului particular în creșterea sau scăderea calității învățământului superior românesc.

Fig. 2 - Evoluția numărului de studenți înmatriculați



După cum se poate observa, creșterea ponderii învățământului particular, din perspectivă cantitativă este incontestabilă, dar principala problemă rămâne, în ce măsură această creștere, din perspectivă cantitativă, se poate regăsi, cel puțin în aceeași măsură, și dintr-o ipostază calitativă.

Având în vedere că probabil una dintre cele mai autorizate opinii care poate fi luată în discuție, din acest punct de vedere, este aceea a absolvenților universităților, în cele ce urmează vor fi prezentate unele aspecte reprezentative ale unui studiu realizat în 2009 - "European Student Barometer". La acest studiu au participat, la nivel european, 196019 de absolvenți, din România provenind 6667 repondenți, iar dintre absolvenții Universității Româno-Americane 2159 au dat curs solicitării de a completa chestionarul ce a stat la baza acestui studiu.

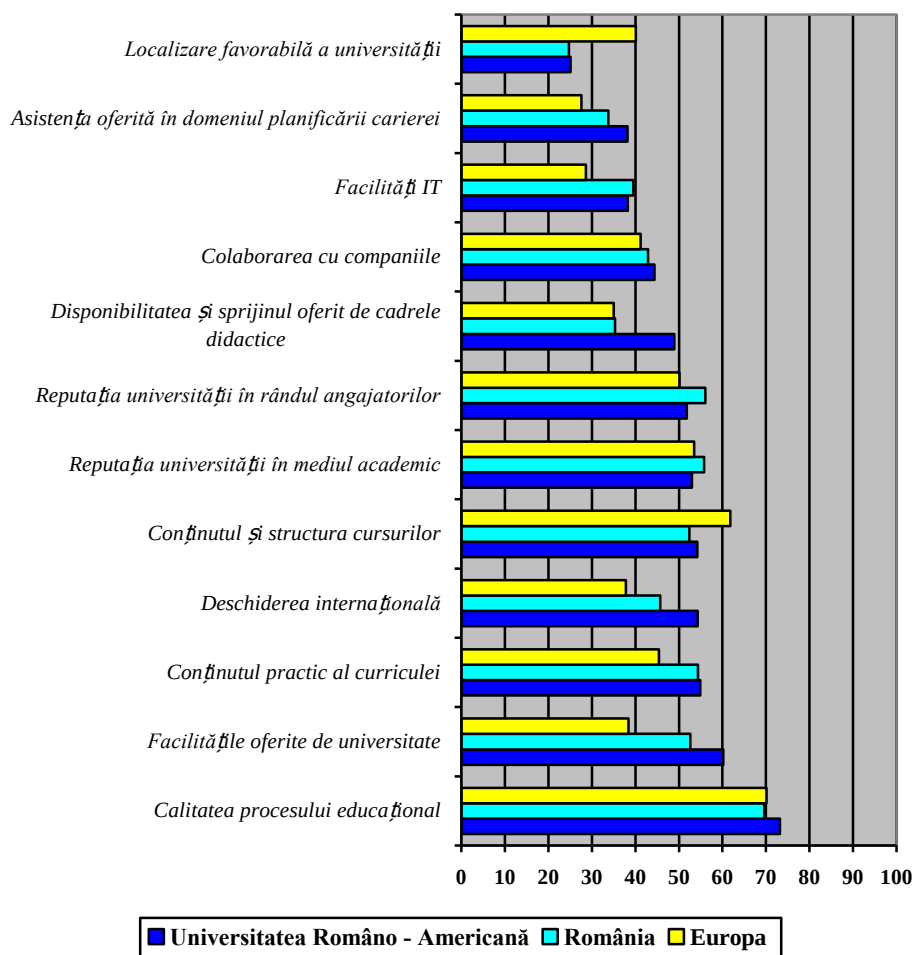
Referitor la principalele criterii care stau la baza opțiunii tinerilor de a alege o universitate sau alta se regăsesc următoarele: calitatea procesului educațional, facilitățile oferite de universitate, conținutul practic al curriculei, deschiderea internațională, conținutul și structura cursurilor, reputația instituției în mediul academic, reputația universității în randul anagajatorilor etc. (vezi fig. 3).

După cum se poate observa, există unele criterii, care au o relevanță sporită pentru tinerii europeni, comparativ cu cei din România sau cu absolvenții Universității Româno-Americane – conținutul și structura cursurilor (iar acest aspect poate ar trebui să dea de gândit tinerilor români) sau localizarea avantajoasă a instituției de învățământ superior.

Pe de altă parte există și criterii cu mult mai relevante în România, decât în Europa, ceea ce explică, într-o anumită măsură, caracteristicile sistemului educațional românesc. Astfel, reputația instituției de învățământ superior în mediul academic sau în cel de business reprezintă un criteriu semnificativ mai important pentru tinerii români, decât pentru cei europeni.

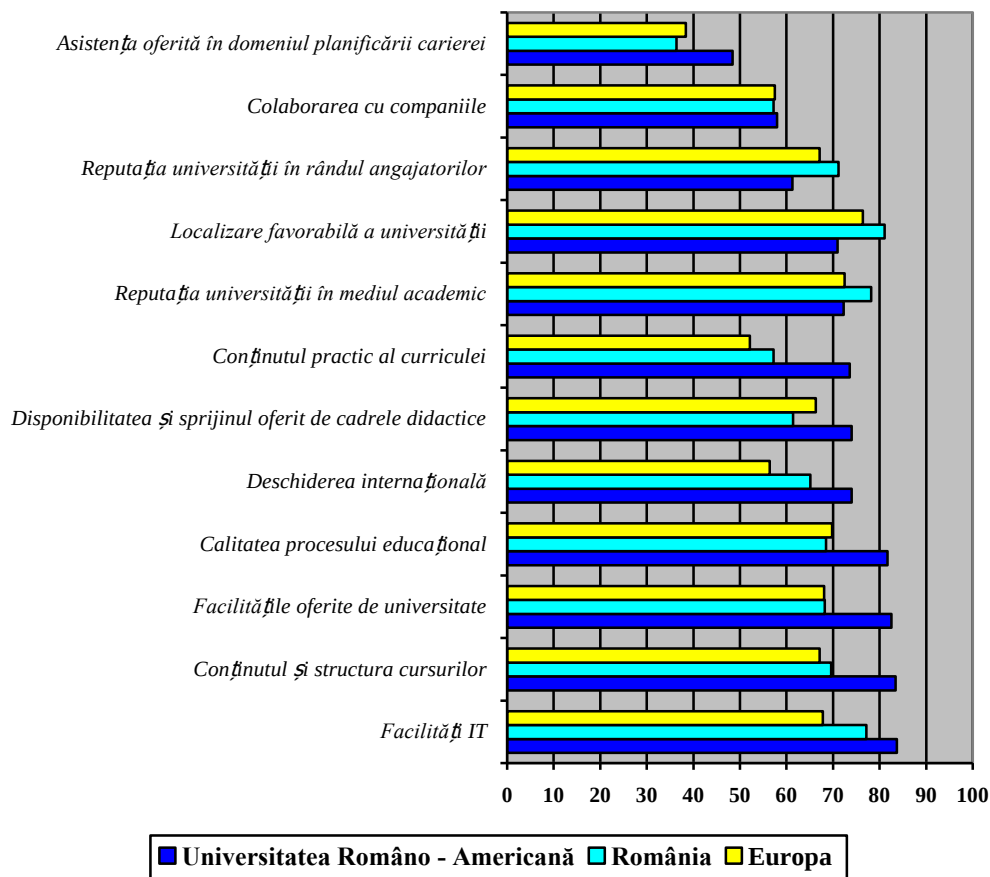
Referitor la absolvenții Universității Româno-Americane, există și câteva criterii pe care aceștia le consideră cu mult mai relevante, decât o fac ceilalți tineri din România sau din Europa: disponibilitatea și sprijinul oferit de cadrele didactice, deschiderea internațională a universității, facilitățile oferite de universitate etc.

Fig. 3 - Principalii factori care stau la baza deciziei de a opta pentru o anumită instituție de învățământ superior



Dacă acestea sunt principalele aspecte de care ține cont un candidat atunci când optează pentru o anumită instituție de învățământ superior, trebuie văzut și în ce măsură așteptările acestora au fost și satisfăcute după ce aceștia au devenit studenți ai repectivelor instituții (vezi fig. 4).

Fig. 4 - Evaluarea performanțelor universităților cu privire la criteriile ce stau la baza deciziei tinerilor de a opta pentru o instituție de învățământ superior



Din această perspectivă, constatăm faptul că așteptările absolvenților Universității Româno-Americane au fost satisfăcute într-o mai mare măsură decât a colegilor lor din România și respectiv Europa pentru mai multe criterii: facilități IT, conținutul și structura cursurilor, facilitățile generale oferite de universitate, calitate a procesului educațional, deschiderea internațională, disponibilitatea cadrelor didactice de a oferi sprijin studenților, conținutul practic al curriculei sau asistența oferită în domeniul planificării carierei.

Există și criterii, precum localizarea favorabilă a universității și reputația în rândul angajatorilor sau la nivelul mediului academic, la care studenții europeni sau cei din România se declară mai mulțumiți decât cei care aparțin Universității Româno-Americane.

Remarcăm oarecum ca interesant și faptul că la criteriul referitor la colaborarea universității cu companiile regăsim o similitudine ridicată între răspunsurile absolvenților aparținând celor trei entități.

În afara aspectelor prezentate, studiul invocă relevă și o serie de alte elemente reprezentative, cum ar fi faptul că pe o scală de la 1 (minim) la 6 (maxim) referitoare la

satisfacția generală, absolvenții Universității Româno-Americane, cu un scor mediu de 5,3 se situează peste media europeană – de 4,9 - și peste scorul general înregistrat la nivelul României, de 5,0.

Ar mai fi de remarcat și faptul că marea majoritate (69,2%) a absolvenților de studii universitare din Romania și-ar dori să urmeze un program de studii de masterat în afara țării, ceea ce nu este neapărat un lucru rău, deoarece ar putea dovedi deschiderea de care dau dovadă tinerii români, comparativ cu alți colegi europeni (55,7% în Italia, 50,2% în Franța, 39,8% în Finlanda sau doar 28,7% în Cehia), dar ar putea să se constituie și într-o oarecare limită a sistemului de învățământ superior autohton.

Un ultim aspect pozitiv ce trebuie subliniat este faptul că absolvenții Universității Româno-Americane au nevoie, în medie de 2,9 luni pentru a se putea angaja după momentul absolvirii, ceea ce este puțin sub media din România (3,2 luni) și în mod clar sub media europeană (4,2 luni). Este adevărat însă că așteptările privind câștigurile salariale ale tinerilor români nu depășesc 10000 de euro pe an reprezintă mai puțin de 50%, în comparație cu media europeană – 23967 euro – sau al elitei europene – Elveția, cu 49921 euro. Acest lucru explică și înclinația tinerilor absolvenți români de a accepta un loc de muncă în străinătate, dar probabil că evoluția economică pe termen lung a României va echilibra această discrepanță.

În concluzie, revenind la problematica referitoare la calitatea învățământului superior din România, consider că singura cale viabilă pentru o instituție particulară de învățământ superior este aceea a calității și competitivității la nivel național, dar mai ales european și internațional. Sistemul educațional românesc va trebui să se adapteze rapid la exigențele europene deoarece Procesul Bologna va contribui la creșterea competiției pe piața europeană, iar șansa României este să poată clădi în viitorul apropiat câteva universități competitive la nivel internațional, care să se remarce atât prin intermediul calității procesului educațional, cât și prin intermediul calității inovării și cercetării.

Bibliografie selectivă:

Schifko, P. – Langage Economique, Service, Wien, 1989.

1. Carbaugh, R. – International Economics, South-Western College Publishing Co., 1995.
2. Hugues, K. – European Competitiveness, Cambridge University Press, 1993.
3. European Competitiveness Report
4. European Student Barometer 2009
5. www.oecd.org
6. <http://www.weforum.org/en/initiatives/gcp/Global%20Competitiveness%20Report/index.htm>

COMPARING U.S. AND ROMANIAN EDUCATIONAL SYSTEMS LEADING TO A LAW DEGREE

JAMES K. MCCOLLUM, Professor Emeritus
University Of Alabama in Huntsville
Huntsville, AL, USA

My discussion in this paper will focus primarily on the American educational system which may lead to a law degree and some comparisons with the Romanian educational system of which my knowledge is limited. My knowledge of the system in the U.S. is fairly extensive since I have known many scholars and practitioners in the legal profession and I have a son who obtained a J.D (Juris Doctorate) degree from Washington and Lee University in Lexington, Virginia.

In the elementary years, our educational systems are similar in that we expect children to enter kindergarten at age 5 and learn the basic foundations of education in elementary schools through grade 8, then to attend secondary (high) schools until age 17 or 18. In the years of high school, the curriculum in most American schools is not as rigorous as in Romanian high schools. Most American students are educated in state supported schools and the curricula contains two years of mathematics up to pre-calculus and trigonometry, whereas Romanian high school students get higher levels of mathematics and computer training. Some U.S. high schools in almost every state have “college preparatory” classes for gifted children which may include language study. Where Romanian students receive a Baccalaureate degree from high school, American students do not, even if they have gone to a privately funded “prep school.”

In the 4th year of high school, American students take either the ACT (American College Testing) or the SAT (Scholarship Aptitude Test) to determine if the students are prepared for higher education. Each of our colleges and universities have set limits for which candidates will be allowed to enter the institution and study toward a Bachelor's degree requiring four years of study. This degree could be a BS, such as a Bachelor of Science in an engineering or science field, or a BA such as a Bachelor of Arts in a social science or fine arts. (There are variations such as a BFA for Bachelor of Fine Arts or BEng for Bachelor of Engineering). The main point to be made here, however, is that students may not work toward a degree in law until they have gotten a bachelor's degree in some discipline. (My son received a BA in History before entering Law School). At this point, those who are interested in studying for a law degree must take the LSAT (Law School Aptitude Test) to be able to qualify to enter a law school.

The requirements for entry are established by each individual institution whether it be a state run institution or a private institution. Certain minimum guidelines are set by each state, but each institution can exceed those minimums.

In the Romanian system as I understand it, Romanian students can take an exam that will allow them to enter a program leading to a law degree at the end of high school studies. The degree in law that they pursue can be obtained after 4 years of higher education. American students must first receive the Bachelor's degree, then attend law school for three years before receiving an LLB (Bachelor of Law) degree or a JD (Doctor of Juris Prudence) degree, either of which is required to allow them to take the Bar Exam in the state where they want to practice law. A variation to this exists in the state of

California where a student who desires to become a lawyer can qualify by “reading the law” and passing the state’s Bar Exam. To my knowledge, California is the only state that does not require a candidate for taking the Bar Exam to have a law degree.

I once had a student at RAU who wanted to go to the U.S. and enter a law school in the 3d year. She had taken 2 years of law here in Romania and wanted her work in a Romanian law school to transfer into the U.S. law school (I believe it was at the University of Wisconsin). I told her that I was certain that she could not transfer her credits and would have to get a 4 year degree, take the LSAT and start at the first year of the U.S. law school if she was accepted. She was very dismayed and I was sorry to give her that opinion, but I wanted to give her a realistic answer. I told her that she would need to start over after getting a bachelor’s degree because American law is based on “Common Law” learned by reading cases for application to future cases and controversies. My limited knowledge of Romanian law leads me to believe that the basis for applying the law is “Code Law.”

It is possible for Romanian students to attend American universities at the bachelor level or the graduate level for many disciplines. For the bachelor level, the students would have to take the ACT or SAT to gain admission and if they had already taken some university courses, they would be evaluated by a “Foreign Credentials” board to determine if previous college work could be transferred. At the graduate level, the students would have to take the GRE (Graduate Record Exam) for most disciplines, or the GMAT (Graduate Management Achievement Test) for business and also get previous credits evaluated by the Foreign Credentials board. I do not believe that there is any such procedure available for Law or Medicine.

As a matter of general interest, the U.S. has 4,352 institutions of higher education (Universities, Colleges, Federal Academies, and Junior Colleges). Overall, our schools average costing \$13,000 per student per year. These costs are borne by Federal funding (Department of Education), State and Local Government Funding, and student paid tuition. Private institutions such as Harvard, Yale, Washington & Lee, Ivy League Schools, etc have much higher tuition rates than government supported schools.

Every one of the 50 states except Alaska has one or more law schools. The District of Columbia has several law schools, as do the more populous states. Forty million U.S. citizens are currently in schools at the various levels.

STRATEGIA CERCETĂRII ȘTIINȚIFICE 2007-2013

Prof. univ. dr. MARIA MOISE
Universitatea Romano – Americana

1. Corelatia dintre cunoastere si cercetare: Trasaturile cunoasterii

- Cunoasterea – partea acumulata a stiintei (stockpart)
- Cercetarea – procesul prin care se adauga noi cunostinte la stocul de cunostinte deja existent (flowpart)
 - Trasaturile cunoasterii
 1. este transferabila - intre entitati – bidirectionala – cunoasterea ramane la dispozitia ambilor actori
 2. este partajabila – joc cu suma pozitiva
 3. este contextualizata – dupa producerea si diseminarea sa se primeste un feedback, din partea societatii
 4. este comercializabila
 - este generata intr-un context al aplicarii
 - este definita prin transdisciplinaritate – presupune mobilizarea de variate perspective teoretice si metodologii practice
 - este reflexiva - retea de comunicare ca poate integra mai multe puncte de vedere
 - produce pe termen lung un comportament creativ
 - este eterogena – productia de cunoastere este localizata la nivelul universitatilor, institutelor de cercetare, laboratoarelor industriale de cercetare (private, publice), dar cunoasterea este structurata pe discipline stiintifice, cu practici si principii variate

2. Rolul si functiile universitatilor intr-o societate bazata pe cunoastere

- Functiile universitatilor (UNESCO, 2009)
 - o Predare/invatare
 - o Cercetare
 - o Servicii pentru comunitate
- Rolul universitatii
 - o Producerea si consacrarea de statute sociale pentru absolventi si membrii comunitatii academice
 - o Formarea de personalitati individuale
 - o Consolidarea calificarilor si profesiilor
 - o Imbunatatirea cunoasterii
 - Universitatea este:
 - o Un spatiu al invatarii, predarii si altor procese cognitive
 - o O zona a productiei stiintifice, culturale, artistice si sportive
 - o Spatiu in care se configureaza si se definesc fundamentele viitorului statut social al absolventului
 - o Un pilon de referinta al abordarii integrative
 - o Triunghiul universitate, administratie publica, comunitatea formata din actorii economici si sociali

- *Universitatea poate fi privita ca actor principal al societatii bazate pe cunoastere, are menirea de a genera si transfera cunoastere catre mediul socio-economic prin educatie, cercetare si inovare pentru a contribui la bunastarea individului si societatii.*

3. Universitate: Relatia dintre functia pedagogica si cea de producere cunoastere

- Cunoasterea in Universitate se produce prin:
 1. Functia pedagogica – inezestrarea studentilor cu cunostinte
 2. Functia de cercetare – publicatii, contracte, GRANT-uri, manifestari stiintifice
- Fiecare universitate gaseste modul propriu pentru a raspunde nevoilor societatii referitor la relatia dintre functia pedagogica si cea de producere cunoastere.
- Decizia prin care cele doua functii se completeaza reciproc este influentata de doi determinanti:
 - o a) comunitatea stiintifica interna
 - traditia universitara
 - infrastructura de cercetare care functioneaza (departamente, centre de cercetare acreditate, centre de excelenta, laboratoare etc.)
 - logistica
 - calificarea resursei umane (promovari, angajari)
 - Resursele disponibile pentru dezvoltarea strategica si pentru adaptare la schimbare
 - competenta si implicarea activa a membrilor comunitatii academice in guvernanta institutiei
 - o b) comunitatea stiintifica externa
 - legislatie/ cadru de reglementare institutional
 - resurse financiare si reguli de distribuire a acestora
 - baza de selectie a evaluatorilor,
 - baza de selectie a studentilor
 - oferta de locuri de munca si tipul acestora
 - feedback din partea universitatii
- Un rol important il are managementul universitar privind implicarea in cercetare si cunoastere, rezultate si care depinde de:
 - politica de resurse umane
 - politica de finantare la nivelul universitatii
 - politica de servicii oferite comunitatii
 - politica de acces la cunoastere
 - politica de transfer tehnologic
 - sisteme de urmarire a cadrelor didactice si absolventilor

4. Strategia Nationala de CDI 2007-2013

- Pentru a avea un sistem national de cercetare competitiv, integrat la nivel european bazat pe o viziune strategica s-a elaborat Strategia Nationala de CDI 2007-2013 si Planul National de CDI ca si componenta tactica a acestei strategii.
- Obiective strategice:
 - Crearea de cunoastere
 - Cresterea competitivitatii economiei romanesti
 - Cresterea calitatii sociale

- Obiective specifice
 - Maximizarea performanțelor obținute în cercetare
 - Dezvoltarea resurselor specifice sistemului
 - Antrenarea sectorului privat
 - Creșterea capacității instituționale
 - Extinderea cooperării internaționale
- Tinte:
 - creșterea cu 100% a nr. doctori implicați în CDI
 - creșterea cu 100% a nr. lucrări științifice publicate anual și a nr. citări ISI
 - sporirea cu 200% a nr. brevete naționale
 - sporirea cu 600% a nr. brevete internaționale (UE, SUA, JPN)
 - creșterea de la 4% în 2005 la 6% în 2013 a nr. de participări în proiecte internaționale
 - realizarea unui quantum de 5000 om/lună mobilități internaționale

5. Politici guvernamentale pentru CDI în România

- Strategia națională în domeniul CDI – (plan strategic 2007-2013)
- Instrumente programatice – programe
- Instrumente de finanțare
- Sistem evaluare și control
- Planul național CDI 2007-2013 (metodologii - ghiduri)
- Profil programe
- Rezultate așteptate
- Indicatori evaluare
- Proceduri/mecanisme de finanțare
- Proceduri/mecanisme de contractare
- Proceduri/mecanisme de monitorizare și control

Domenii prioritare pentru CDI

1. Sănătate
2. Agricultură, securitatea și siguranța alimentară
3. Tehnologia informației și comunicațiilor
4. Materiale, procese și produse inovative
5. Energie
6. Mediu
7. Cercetare socio-economică umanistă
8. Spațiu și securitate
9. Biotehnologii

Planul național CDI 2007-2013 Structura – 6 programe

Programe PNCDI II	Obiective
Programul 1. Resurse umane	Creșterea numărului de cercetători și a performanțelor profesionale ale acestora
Programul 2. Capacități	Dezvoltarea capacităților de cercetare și deschiderea sistemului CDI către mediul științific internațional și mediul socio-economic național
Programul 3. Idei	Obținerea unor rezultate științifice și tehnologice de vârf, comparabile cu cele de la nivel european, reflectate prin creșterea vizibilității și recunoașterea internațională a cercetării românești
Programul 4. Parteneriate în domeniile CDI prioritare	Creșterea competitivității activităților CD prin stimularea parteneriatelor în domeniile prioritare, concretizate în tehnologii, produse și servicii inovative pentru rezolvarea unor probleme complexe și crearea mecanismelor de implementare
Programul 5. Inovare	Creșterea capacității de inovare, dezvoltare tehnologică și asimilare în producție a rezultatelor cercetării, în vederea îmbunătățirii competitivității economiei naționale și a creșterii calității vieții
Programul 6. Susținerea performanței instituționale	Susținerea performanței instituționale prin asigurarea continuității și stabilității activității entităților de CDI, în scopul implementării strategiilor proprii de dezvoltare, elaborate în acord cu Strategia Națională de CDI

Programul PNCDI II

- În Noiembrie 2010 se vor lansa competițiile:
 - Resurse Umane - domenii
 - » Crearea de scoli de excelență
 - » Proiecte complexe dec reintegrare
 - » Proiecte destinate tinerilor doctoranzi
 - » Proiecte de reintegrare
 - » Burse de cercetare Stefan Odobleja
 - » Mobilitati – burse doctorale – tineri doctoranzi
 - » Premiarea inovarii tehnico-stiintifice a studentilor
 - Idei - domenii
 - Proiecte de cercetare exploratorie tip PCE
 - Proiecte complexe de cercetare exploratorie
 - Workshop-uri exploratorii

▪ Pe site-ul www.ancs.ro se regăsesc informațiile referitor la competiția PNCDI II

▪ Pe site-ul www.cncsis.ro se regăsesc informațiile referitor la competiția Idei si

Resurse Umane

▪ Universitatea Româno Americană derulează în prezent 7 contracte la acest program

Programul PNCDI II coordonare

- CNCISIS + UEFISCSU: cercetarea fundamentală
- Colegiul consultativ - ANCS: cercetarea aplicativă
- CNMP – ANCS: cercetarea aplicativă
- AMCSIT (inovare) – Univ. Politehnică București

Programele CDI coordonate de ANCS - oportunități

- Programul CEEEX (2005-2006)
- Programul PNCDI I (1999-2006)

- Programul PNCDI II (2007-2013)
- Programul de GRANT-uri pentru cercetare științifică, lansat în 1996
- Planul SECTORIAL CD al MEDCT – ANCS
- Programul IMPACT, lansat în 2006
- Programul INFRATECH
- Cooperare bilaterală (existența unui program național)
- Programul COST (5 state membre)
- Programul NATO (organizare, conferințe)
- Programul EUREKA
- ESF (European Science Foundation) – workshop-uri
- Program de competitivitate și Inovare CIP (2007-2013) – parteneriate

Alte Programe – oportunități internațional

- FP7 (Framework Program 7)- Cel mai important program de finanțare
- Programul ESPON 2013
- Programe de cooperare transnațională – a doua call (Noiembrie 2009)
- Fonduri structurale europene

GRANT-uri CNCSIS – Oportunități

- Programe tip A
- Programe AT
- Programe TD
- Programe A_Consoțiu

Programele Fonduri structurale

- POS-DRU – pentru pregătirea resurselor umane
- POS-CCE – pentru cercetare: creșterea competitivității economice

Criterii CNCSIS de monitorizare a cercetării științifice

- Criterii primare de performanță
 - Publicații ISI- 30 puncte/articol
 - Brevete – 30 puncte/brevet
 - Rezultate contract – 20 puncte/rezultat fază
- Criterii secundare de performanță
 - Publicații în reviste cotate CNCSIS tip B – 5 puncte/articol
 - Publicații la conferințe internaționale cu referenți (în limba engleză) – 5 puncte/articol
 - Modele experimentale rezultate din contracte – 5 puncte/articol
- Prestigiu profesional
 - Membrii în colectivele redacționale ale revistelor ISI – 20 puncte/revistă
 - Membrii în colectivele redacționale ale revistelor CNCSIS tip B – 10 puncte/revistă
 - Premii internaționale/ Academia Română – 20 puncte/premiu
 - Conducători doctorat – 10 puncte
 - Număr doctori – 10 puncte/doctorand

ASSIGNMENT OF CREDIT-AS A WAY TO ACHIEVE THE TRANSFER OF CREDIT THROUGH INDIRECT LEGAL MEANS IN THE ROMANIAN PRIVATE LAW AND OTHER COUNTRIES' LEGISLATIVE SYSTEM

Prof. PHD. GHEORGHE BOTEA
Dean of the Faculty of Law

Prof. PHD. CRISTIAN POPA
Romanian-American University

1. Notion. Characteristic features.

Definition. Features.

Since credit transfer through mortis causa documents means regulating the inheritance matter in details, its transfer through inter vivos documents does not have an express regulation in the Romanian Civil Law. In the legal literature, they considered¹ that the main reason why this institution has no regulations is the focus on the creditor's interests. What characterizes the assignment of credit is the replacement of the debtor that is a reverse operation to the assignment of credit which implies the replacement of the creditor. However, in the relationship on duties, the debtor is not to be excluded, as the creditor always takes into account certain qualities of the debtor, like: solvency, honesty etc. Therefore, the lawyer did not consider it right to adjudicates a form of credit transfer which, implying the replacement of the debtor without the creditor's assent, would hurt the latter's interests².

Although it is not regulated, they pointed out that³, considering the principle of the freedom of conventions, nothing overrides the fact that parties could proceed to a credit transfer.

Definition: Assignment of credit is a convention through which the debtor (the assignee) transfers his credit to another person (the assigner), who makes a promise in his place towards the creditor (assigned)⁴.

By definition with the assignment of credit, the assignment of credit would be performed without the assent of the creditor assigned, who could be notified only on the assignment contract between the two succeeding debtors. However, unlike the assignment of credit, where the creditor did not matter in the legal relationship on credit, in the assignment of credit the observance of rights does not allow the replacement of the debtor without the assent of the creditor, because the personality of the debtor has a vital importance⁵. That is why the debtor assigner, performing an assignment of credit which would represent a homologous act to that of an assignment of credit, focusing on the passive side of the relationship on credit. The principle of law adjudicated by the French

¹ Paul Mircea Cosmovici- Drept civil. Legislație, All Publishing House, Buc., 1998, p. 253;

² Ibidem;

³ C. Hamangiu, I. Rossetti Bălănescu, Al. Băicoianu- Tratat de drept civil roman, vol. II, 1929, Buc., "Națională" S. Ciornei Publishing House;

⁴ Tudor R. Popescu, Petre Anca-Teoria generală a obligațiilor, Editura Stiințifică, Buc., 1968;

⁵ Ibidem;

Civil Law “nul ne peut etre constraint a changer de debiteur” (nothing can be agreed on through the replacement of the debtor) – fosters the above mentioned rules.

However, there are cases where the creditor can require the credit from other person than his initial debtor¹, through means that we will study further on.

But the creditor cannot be deemed to be given another debtor without his assent. That is why, the legislations that regulate the assignment of credit do not include but an imperfect assignment in their regulations, where for the freedom of the former debtor, it requires the assent of the creditor² or an assignment of contract³. In practice, however, they use an imperfect delegation⁴.

Some authors⁵ argue for the lack of regulations on the assignment of credit in our Civil Law through a lack of practical interest of this legal operation motivating that as a rule, they lease (and, as a result, they acquire), active elements of the patrimony, among which the bonds, but there are no powerful interests to acquire passive elements of the patrimony. However, we will point out, what is the practical of this institution.

Characteristic features. Because of a lack of an express and special regulation, the features of the assignment of credit cannot be identical to those of the assignment of credit. The initial the replacement of the debtor is of interest both to the persons who made a promise to guarantee that credit (the owner of the pledged or mortgaged good) or made a promise together with the debtor (the associate co-debtors)⁶.

The main features of the assignment of credit are:

1. The existence of an old debt which could be transferred to the debtor assigner with all the characters, warranties and exceptions which accompany it;
2. The initial obligation persists irrespective of the replacement of the debtor;
3. the initial debtor is reassigned and in his place another debtor is kept by the creditor, without changing the content of the credit;
4. it is only achieved by the assent of the two debtors.

Since in legal systems influenced by the French Civil Law or by the Common Law there is no regulation proper on the assignment of credit, which led to the appeal made to other institutions which run similar but not identical results, in other legal systems this institution by which the credit transferred between the debtors keeps its identity is already known.

This silence of our Civil Law was interpreted by some authors as having the meaning that the assignment of credit is non-admissible, because by introducing another person in his place, the debtor breaks the personal character of the credit to perform and the principle of the relativity of contract effects.

Both jurisprudence and the majority of the authors consider that the assignment of credit is admissible, based on the contractual freedom and on the analogy reasoning on the admissibility of the assignment of credit, namely: either indirectly by means of innovation,

¹ Cf. Mestre, De quelques changement de debiteur – Rev. Trim. Dr. Civ., 1991, 531;

² Cf. Art. 176 of the Swiss Law of Obligations, art. 415 of the Civil Law of RFG (B.G.B.), art. 477 of the Greek Civil Law;

³ Cf. Art. 1400 and the next of the Italian Civil Law;

⁴ Henri, Leon and Jean Mazeand- Lecons de droit civil, Paris, 1996, vol. II, p. 1045

⁵ See Tudor R. Popescu, Petre Anca- the quoted work, p. 395; P.M.Cosmovici - the quoted work, p. 253

⁶ Liviu Pop- Teoria generală a obligațiilor, Lumina Lex Publishing House, 1998, p. 466;

of perfect delegation or of stipulation for another, or even directly by the assent of the creditor¹.

Brief History

The pre-classic Romanian Law did not admit the assignment of credit for the same reasons why it did not admit the assignment of credit, that is the interdiction of the replacement of the initial persons in the relationship on credit. Later on, during the classical period, they admitted to directly achieving the assignment of credit through the useful act granted to the assigner, which otherwise replaced the assignee on the original credit which was not admitted and to directly achieving the assignment of credit which could happen indirectly through innovation by means of the replacement of the debtor and by judicial empowerment (*mandatum in rem suam*). In the last case the debtor delegates a person to replace the plaintiff in the trial against his creditor and to pay him the amount of money provided in the sentence.

Practical Utility of the Assignment of credit

The utility of the assignment of credit proves its validity when faced with a judicial relationship: the creditor (Primus) has a credit to cash from his debtor (Secundus) who, in his turn has the capacity of a creditor towards Tertius. Supposing that the debt of Secundus from Primus is equal to that of Tertius from Secundus, the assignment of credit will serve to free Secundus and his exclusion from the relationship on credit: Secundus will lease his credit to Tertius, lease accepted by Primus; the latter will have Tertius as debtor in place of Secundus and this is neither the creditor of Tertius nor the debtor of Primus.

We can notice that we can obtain the same result through an assignment of credit², too. So, Secundus can lease to Primus his credit against Tertius. What would be then the utility of the assignment of credit? It lies in the fact that in the case of the assignment of credit Primus will have the credit of Secundus against Tertius, as compared with the assignment of credit where Primus keeps his own credit. Either one of these credits may be more profitable than the other, either through the creditor or through the debtor. They can have characteristics, neither the same warranties nor the same due term. So, it is relevant the fact that credit of Primus or the credit of Secundus resist the operation. Therefore, we infer the utility to use either the assignment of credit or the assignment of credit.

2. Procedures to Indirectly Achieve the Assignment of credit

As to the replacement of the passive subject of the legal relationship, we mention the fact that they assign those debts which shall be personally returned by the debtor, since they were established according to him (*intuitu personae*)³.

We also mention the fact that the project of the Civil Law R.S.R. comprised, in art. 395-398, a regulation on replacement, directly, of the passive subject of the legal relationship, that is “assigning credit”.

¹ Ioan Albu – *Contractul și răspunderea contractuală*, Dacia Publishing House, Cluj-Napoca, 1994, p. 207;

² C.Hamagiu and co. – the quoted work, p. 662

³ Gh. Beleiu- *Drept civil. Privire generală asupra dreptului civil*, Buc., 1976, p. 140;

The assignment of credit shall release the ex-debtor, a particular transfer of credit and shall achieve it by the convention of the two succeeding debtors, depending on the assent of the creditor.

The assent of the creditor. Thus, the release of the initial debtor cannot be performed without the consent of the creditor. What interests us most, however, is the way the creditor intervenes in achieving the operation. According to the authors of the legal literature¹, the only item relying on the traditional legal principles, the willingness of the creditor plays a vital role; assignment of credit may be achieved only through his intervention; until the consent of the creditor, it cannot exist except as a draft, as an offer made for him by the two debtors to release one and take on the other.

The German Civil Law, in art. 415, align. (1) diminished the role of the creditor to a minimum: the convention is concluded on the agreement of the two debtors, and the agreement of the debtor only makes the operation to be opposable². But to justify such a solution theoretically is not easy³. When credit transfer operates with a particular title, there is a substitution of a person with another one as debtors, in a prior legal obliging relationship, the replacement of the passive subject not affecting the very legal relationship and its accompanying advantages: the creditor's warranties and exceptions it might raise⁴.

Speaking about the procedures to indirectly achieve the assignment of credit, we can say that they fall into two categories:

1. Procedures to achieve the assignment of credit through which the creditor acquires a right against a second debtor keeping the right against the initial debtor, that is the transfer of credit with the creditor protection;
2. Procedures to achieve the assignment of credit through which the creditor acquires a right against debtor, the first debtor being reassigned, or the transfer of credit without the protection of the creditor.

Assignment of credit with Protection of the Creditor

The main mechanism of achieving this transfer is the delegation⁵; but an almost identical transfer may be achieved through means such as: the stipulation for another one, payment notice, and sub-contract.

In this case we cannot speak but of a credit viewed individually, that is of a transfer with a private title. But this transfer may not be imposed to the creditor against his will, a third party becoming his debtor that he did not choose, but who do not have the qualities and the same warranties as the debtor. So, the protection of the creditor, is practically always ensured. It may be achieved through two means: either the credit transfer is

¹ Salleiles- De la cession des dettes, in Annales de droit commercial, Buc., 1890, Coviello-Della successione ne'debiti, a titolo particolare, in Archivio giuridica, t LVI and t LVII, 1896-1897; Delbruck-Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinen und preussischem Rechte, Berlin, 1853;

² Marcel Planiol- Traite elementaire de droit civil, Tome deuxieme; Les preuves. Theorie generale des obligations. Les contracts. Privileges et hypotheques, Paris, 1912, Librairie generale de droit et de jurisprudence, p. 137;

³ Eng. Gaudement- Etude sur le transport de dette a titre particulier, these, Dijon, 1989;

⁴ Salleiles- Theorie de l'obligation d'apres le projet du Code civil allemande, Paris, 1890, no. 106-108;

⁵ Cf. Billian – La delegation de creance, L.D.G.J., 1989;

achieved by the assent of the creditor, or the transfer does not release the initial debtor who will continue to be liable for the credit performance in front of the creditor. Sometimes the two means are performed in association, like in the sub-contract¹.

Imperfect Delegation

Without getting into details, as this institution will be dealt with in a separate section, we will outline only the procedure to achieve the assignment of credit through the imperfect delegation.

Imperfect delegation occurs when the creditor delegator accepts the debtor delegated but does not consent to the delegate being reassigned, keeping two debtors, both the delegator and the delegate².

Within the delegation, the third party (delegate) accepts to pay the creditor (delegator) the debt of the initial debtor (delegator) and many times, the cause is the fact that the delegate is himself debtor of the delegator and, as a result, paying the delegator, pays his own debt.

Imperfect delegation does not determine an innovation and implies a match of the willingness of the three participants to this operation, and the consent of the creditor as well. It is used because the creditor (delegator) obtains a personal direct action against the delegate, without releasing the delegator.

Stipulation for Another

Obligation-with the meaning right of credit had, in the Roman Law, two effects- a normal one, consisting in the right of the creditor to ask for the obligation to be performed and an accidental one, which consists in the right of the creditor to obtain liquidated damages when the obligation is not performed.

One of these normal effects was the stipulation for another, besides the adjacent actions (*adiecticiae qualitatis*) and representation – in case the obligor was a “*sui iuris*” person.

In Rome, one of the standing principles, with some exceptions, was that of the relativity of the contract effects, “*res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse protest*”.

Implicitly, from this principle there come two other principles – the nullity of the stipulation for another and the nullity of the promise for another.

The stipulation for another, the stipulation to another’s interest, is a verbal contract (through the use of the verb “*spondeo*”) by which a credit comes into being in favour of a third party, who becomes creditor without taking part in the conclusion of the contract. For example, Primus sells his house to Secundus and deals through a stipulation with this one for him to pay the price of the house to another person, Tertius. As shown above, this document was null as to the provider (Primus), since to possess means having a financial interest. The document is null as to Tertius, because he did not take part in its conclusion.

¹ Alain Benabent –Droit civil. Les obligations, Paris, 1995, Montchrestien Publishing House, the 5th edition, p. 383;

² Liviu Pop- the quoted work, p. 466;

The Romans expressed invalidity by the rule “*alteri stipulari nemo potest*” (nobody can stipulate for another).

However, ever since old times, they indirectly came to such a contract producing its effects. Thus, after the stipulation for a third party took place, the provider concluded with the same person a verbal contract, called “*stipulatio poenae*” (the stipulation of damages), by which the promisor shall pay an amount of money in case the first contract would not have been enforced. This may not cover the nullity of the first contract.

But the promisor will execute it not to pay the amount of money provided in the second contract, normally this amount being larger than the value of the object in the first contract¹.

In time, they also accepted some exceptions from the principle *nemo alteri stipulari potest*.

In the current legal system- the stipulation for another constitutes the only real exception to the principle of relativity of the legal document effects.

Definition. Regulation. Stipulation for another or the contract in favour of a third party is the bilateral act by which – the provider- agrees with the other party- the promisor – that the latter to perform a service in favour of a third person – the third beneficiary party, neither directly nor through representation².

The right of the third beneficiary party comes out directly, by the power of the convention between the provider and the promisor. But the exercise of this subjective right depends on the will of the third beneficiary party.

The Civil Law applies the stipulation for another in matter of life income (art. 1642) and donation with an assignment – *donato sub modo* (art. 828 and 830).

Terms of validity:

- a) it shall meet the terms of validity of any contract;
- b) it shall comprise a clause by which the third beneficiary party could acquire, indirectly, with the agreement of the contract parties, a right in itself against the promisor;
- c) it shall determine or indicate sufficient elements to be able to determine the beneficiary party.

The effects of the stipulation for another. The main effect is creating, by the common will of the provider and the promisor, of a direct right for the beneficiary, with no acceptance being necessary from his part. However the beneficiary entitled to refuse this right or expressly waive the right to refuse it, confirming it³.

As a result, we cannot speak of the capacity of the beneficiary, his will does not play any role in creating this right. His assent may intervene any time even after the death of the provider or the promisor, as his assent is not the acceptance to an offer. If the beneficiary does not refuse the right he was granted, this takes shape when the contract is concluded between the provider and the promisor and not when the acceptance occurred.

¹ C.St. Tomulescu- Drept privat roman, Tipografia Univ. din Buc., 1973, p. 241;

² Gh. Beleiu- Drept civil roman. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil. “Sansa” S.R.L. Publishing House, Buc., 1993, p. 176;

³ Dumitru Rădescu- Dicționar de drept privat, Mondan '94 Publishing House, Buc., 1997, p. 926;

The beneficiary right may not be repealed by the provider, except when the law and the parties' contract expressly provide this possibility. However, even in this situation, the repeal is no longer possible after the beneficiary accepted to acquire his right¹.

In the relationship between the provider and the promisor, the duties they accepted towards each other produce their effects normally. The provider has also the capacity of a creditor of the stipulation for another, that is he may ask the promisor to execute his duty towards the third party beneficiary, and in case of default, he may claim the exception of default, and the fulfillment by force of the agreement or the contract resolution by returning the duty he executed to the promisor, and if the case, with liquidated damages.

In the relationship between the third party beneficiary and the promisor, the beneficiary becomes the creditor of the promisor at the very moment the contract is concluded, and, directly, without the right to be passed through the provider's patrimony. In his capacity of creditor, the beneficiary may claim the promisor the fulfillment of the stipulation in his favour, as well as liquidate damages in case of default, and he may not claim the contract resolution, as he is not a party to the contract and does not have any interest in terminating it.

The promisor may oppose the third party beneficiary all the duties he may oppose the provider, including the exception of default of the provider's duties toward him.

Between the provider and the beneficiary, the stipulation for another does not determine any legal relationship on duty to perform.

If the provider was a debtor of the beneficiary, the fulfillment of the provision stipulated for him, shall have the value of a payment, repealing the duty to perform.

If the real intention of the parties was that the provider should donate to the beneficiary, the beneficiary will have to report his donation to the inheritance, if he attends the provider's succession and has to comply with its reduction, if it exceeds the available amount.

As to the other situations, when the beneficiary does not attend the provider's succession, he will be protected both by the heirs and by the provider's creditors, who will not be entitled to claim the relationship or the suppression of freedoms made under the shape of the stipulation for another, as its object is never part of the succession.

The stipulation for another may lead to an assignment of credit when the provider is a debtor of the third party beneficiary within another prior legal relationship. In the contract between the provider and the promisor, they may consider that promisor shall pay the provider's credit to the third party beneficiary, the provider's creditor².

The third party beneficiary may claim the fulfillment by the promisor, his right directly derives from the contract concluded by the provider with the promisor, and at the same time, he will keep his original right against the provider. So, here there are two different obligations – the right of the third party beneficiary against the promisor, which is independent from the legal relationship between him and the provider and the right of the third party beneficiary to claim the promisor the fulfillment of the duty. However, the beneficiary third party may not claim against the promisor the warranties he agreed on with the provider, within the initial legal relationship. But the promisor may oppose the creditor all the exceptions he could oppose the provider.

¹ Ibidem;

² Liviu Pop- the quoted work, p. 466;

By the stipulation for another¹, you may create rights for the third parties, but you may not enjoy their rights. In practice, instead of a duty transfer, you could have a new credit right.

The prevalence of this operation as compared with the imperfect delegation would mean that the right of the creditor against the new promisor is achieved when the convention between the debtor (provider) and the second promisor is concluded.

In case of the imperfect delegation and the stipulation for another, although a new obligation arises, we may notice that none of the former obligations are repealed.

2.1.3 Method of Payment

In order to simplify the execution of one party, the debtor can designate to the creditor a third party who shall pay in the debtor's change. Such as a debtor's loan bank by giving a credit or the debtor bank on the strength of a deposit.

This mechanism does not affect in any way the debt – the debtor shall be still liable and the creditor has no right (no action) against the third parties who are not personally engaged in it. It is about a material operation which we can see as a trust – the debtor gives the right of agency to the third party to pay in his change. Should the agent fail to pay in the conditions stipulated when he had the necessary funds – his contractual liability to the debtor principal shall be held liable; the debtor principal shall pay the delaying penalties on his own account because the payment was not fulfilled on time and he also shall be liable of the tort liability for the creditor who could bear the risk of the debtor insolvency.²

In these conditions, the debtor could withdraw the trust deed and give an interdict to the third party to make the payment.

In the French Law and usually in the occidental countries there is a modern technique which illustrates the Method of Payment, the so-called “avis de prélèvement” – the titleholder of a bank account who receives by bank revolving debts (taxes, insurance bonuses, phone and electricity bills etc.) empowers the bank to pay his debts to the creditors. By this method of payment the creditors could draw upon the receivable from the debtor's account. It is obvious that the bank shall not satisfy these receivables but only in the account sum limit, and if it is not sufficient, the creditors shall act against the debtor.

2.1.4. Debt Internal Takeover

In the event that a third party assumes to pay for the debtor, there is an internal assignment.

In this case the creditor protection is assured by the debt standing in its original form. If the third party fails and does not pay, the creditor keeps his right against the third party, by contrast of the agency, because the third party did not make any commitment to the creditor. The debtor can make a complaint against the third party because this one did not pay for the debtor.

The assignment of duty could be found in the board takeover of a trading company – the buyer (the one who takes over the company) promises to pay the debts of the ones who operate before.

¹ Tudor R. Popescu, Petre Anca- the quoted work, p. 387;

² Alain Bénabent – op. cit., p. 387;

2.1.5. Subcontract

Some contracts allow one of the parties not to execute the assumed obligations on his own account, but to transfer the execution obligation to a third party. For example, in the construction entreprising contract¹, the entrepreneur can charge some subentrepreneurs with the execution of a part of the working, making with each of them (plumber, electrician, floorer etc.) a subentreprising contract², or the subagent who executes some labor conscription for the agent (it is often in the transport field).

We can observe a kind of obligations transfer, but it is in fact an economical, material transfer. In the juridical field the creditor protection is realised under two forms:

- on one way, the creditor must have consented that the former entrepreneur had substituted another executor. Because it is about making obligations – they often have a binding character that permit to the creditor to refuse their accomplishment by another person. The judiciary practice established that this substitution is allowed without the creditor consent when, according to the contract the executor's person is not established (carrier, exchanger etc.).

- on the other way, the original debtor proceeds to be liable for the obligations execution; the entrepreneur is liable for the subentrepreneur's errors even if the last one was accepted by the creditor.

Moreover, the creditor has an action against the subentrepreneur.

The assignment of duty by subcontract produces the same effect like as the imperfect agency and the covenant for another person- the supplementation of a new debtor to the initial one.

The Assignment of Duty without the Creditor Protection

The assignment of duty could be realised by releasing the former debtor by perfect delegation and novation.

In fact, the perfect delegation is a novation by debtor changing. But both of the proceedings are different from the genuine duty off assignment because:

- either the novation by the debtor changing or the perfect delegation can be realised only by the creditor consent;
- both of the proceedings have the same effect: to relieve the old obligation together with its warranties and accessories and the rising of a new obligation.

2.2.1. Novation by the Creditor Changing

The novation³ is also used in exchange for the assignment of duty. It could be realised by two ways – when the new debtor is binding upon to the creditor in return for the original debtor, the last one being released without his consent (art. 1274 C.civ.fr.) or when it is about the perfect delegation.

When the third party is binding upon to the creditor to pay the duty without the debtor consent (stipulated by art. 1164 C.civ.) it is said that novation is realised by *ex-pledge* (*expromisio*)⁴.

¹ Subentreprising is possible in other entreprising contracts, but it is applied only in the construction entreprising field;

² The rules stipulated for entreprising are stipulated in entrepreneur si subentrepreneur reports: art. 1470-1490 C. civ.;

³ Stipulated in art. 1271 and acc. to C. civ. fr.;

⁴ Gh. Beleiu – op. cit., p. 318

When it is asked the debtor consent, the novation by the debtor changing is a perfect delegation.

In case of novation by the debtor or creditor changing, a receivable is relieved and rises out a new receivable.

In case of novation by the creditor changing, the second creditor ceases to be the creditor of the third one, being replaced by the first creditor who gains two receivables in this way, his original receivable against the third creditor. In case of novation by the debtor changing, the second one ceases to be the debtor of the first debtor, being replaced by the third one, who becomes twice a debtor, because he did not cease to be the debtor of the second debtor and he also became the debtor of the first one. These effects can be cumulative realized by the perfect delegation because the second one is superseded as a creditor of the third and as a debtor of the first, the two obligations being replaced by a single obligation of the third one to the first one.

In case of the assignment of receivable and of the assignment of duty it is not about the relieving a debt or the confinement of a new obligation, an obligations replacement by novation, but about a transfer by assignment of the receivable of the second against the third party or of his duty to the first party, the second one becoming the direct debtor of the first one.¹

2.2.2. Perfect Delegation

The third party (delegate) agrees to pay to the creditor (agent) the debt of the original debtor (principal) and this is usually because the delegate is the principal debtor and he can discharge his own debt by paying to the principal.

By perfect delegation the agent releases the principal and keeps the new obligation of the delegate.

The delegation does not transfer the old duty but creates a new one which, by the parties agreement, could be added the old accesories and could establish that the old debtor's exceptions could be reversed by the new debtor.

In this way, the delegation could approach more to the assignment of duty.²

The perfect delegation supersedes the original obligations of the parties by a new, unique obligation producing an innovation effect. It is rarely met in practice because the creditors prefers to receive the new debtor besides the original one than to free the last one.

The imperfect delegation is used because the agent-creditor gets a personal direct action against the delegate without releasing the principal.

In French Law it is commented upon if the delegation is an act with a legal cause or an abstract act. In supporting its abstract feature it is invoked the fact that the delegation is available and the delegate is binding on the agent even if he was not the delegate's debtor, too, and the impossibility of the delegate to prevail over the agent of the exceptions that could have been invoked in his potential reports with the principal, in case of perfect delegation. Although the original debtor was released by the creditor this one could hold the right to appeal against the first debtor supposing that the debtor would be insolvent. French Law allows (art.1276) such an appeal if the new debtor had been insolvent or had

¹ Paul Mircea Cosmovici – op. cit., p. 255;

² Tudor R. Popescu, Petre Anca – op. cit., p. 396

become insolvent in the moment that the delegation came into force. Regarding the juridical nature of the right of appeal it is commented upon how the initial warranties constituted in the creditor's favour could exist anymore in this case.

From one point of view, the creditor appeal is independent of the old obligation that remains relieved together with all its accessories.

From another point of view, the creditor does not release the principal only if the delegate really pays the debt. In this situation, if the pay is not made, the creditor shall be able to take legal action against the original debtor, action that had existed in the old juridical report and had been relinquished. So he could prevail over all his personal and real warranties of that receivable.

We must emphasize that whatever form it has, the delegation needs the delegate's consent. In this case, the imperfect delegation does not lead to immediate results because the agent shall not gain the direct cause against the delegate, but only after that the delegate was bound by to pay the debt, subsequent to the principal's asking. Because of that, in practice it is preferred the covenant for another.

To sum up the system of the French Law for solving the juridical reports between the three parties, in which the first one is the creditor of the second and the second is the creditor of the third, to simplify, the third party is binding by to pay to the first party, establishing a direct binding report between the first and the third party. This simplification could be obtained by different ways: novation by creditor changing, novation by debtor changing, assignment of receivable, imperfect delegation, stipulation for another and assignment of duty.

The perfect delegation by which the new debtor commitment is obtained towards the same creditor does not transfer the old debt, but creates a new one which by the parties' agreements could be added to the old debts and it could be decided that the old debtor's exceptions shall be made contrary by the new debtor; in this way the delegation could be closer to the assignment of duty.

2.2.3. Transfer of Patrimony Assets

In the French Law it was considered that¹ – if the creditor is always protected in case of the transfer of an isolated debt, the situation is not the same if the debt is a part from a general transfer made by the debtor in favour of a new third party. In this case, the debtor changing shall operate without the creditor protection and consent. It could be realised by the transfer of patrimony assets or by the transfer of the contract.

In this paper we comment on the transfer of the obligations between living persons (transfer *inter vivos*), but we shall also comment on the descent of an individual in the matter of the assignment of duty, because this transfer will produce its effects like as an assignment of duty in juridical reports which arise between living persons – towards the creditor and the new debtor.

In case of the death of the debtor his liabilities shall be transferred to his heirs, either to the legal heirs or, in case of the existence of a testament, to his devisees. The devisees are answerable for the decedent's liabilities if they did not reject the legacy or they are answerable for the hereditary assets if they accepted the legacy in form of the inventory;

¹ Alain Bénabent – op. cit., p. 389

or they are answerable for these liabilities even in case of their own patrimony assets if it exceeds the hereditary assets.

In this way, the creditor is enforced to change the debtor for the liabilities which do not involve a personal inference of the debtor, especially for the monetary ones. Moreover, if there are not any other heirs, it could be enforced a bond distribution, each of the heirs being answerable for a part of the bond proportional to his hereditary quota. This distribution of the bond shall not operate if the bond is indivisible, either by its nature (like as the obligation to deliver any goods or perform any working) or by the effect of any cause of indivisibility inserted in the contract.

The transfer of patrimony assets and implicitly the assignment of duty are accomplished by amalgamation merger. According to Law no. 31/1990, the companies merger has two forms: the merger and the consolidation. (art. 176 alin.5)

The merger consists in the fact that a company integrates one or more companies and these companies ceases their individual existence.¹

The consolidation consists in the fusion of two or more companies which constitutes a new company.²

In both cases, the absorbent company, meaning the new company becomes the debtor of the absorbed company commitments - it is enforced a debtor changing to the creditor.

For protecting the three parties incentives, the law stipulates that the merger effects are produced only after three months from the publication date in "Monitorul Oficial". The merging companies creditors interests are also protected by a right of opposition against the merger decision at the creditors hand (art. 175 alin.3 – Law 31/1990).

If a creditor exerted his right of opposition, the merging decision could be brought into force only after the final ruling by which was ordered the opposition rejection.

In case that the opposition was conceded, the merger ruling could be enforced only after giving satisfaction to the other creditor receivables.

2.2.4. Assignment of the Contract

In different systems of law it is said more and more about the assignment of the contract, analyzing the way in which this could be an atomous juridical operation opposing to the assignment of receivable and transfer of duty. We shall shortly present the way in which the assignment of contract operates in the transfer of duty field.

Some law works stipulates the transfer of the contracts with consecutive execution by induced terms as an attachment to the asset transfer which builds the object of the contract (Leasing Agreement, Insurance Agreement, Labour Agreement) or, sometimes, the transfer of the Leasing Agreement to the descendants or to the spouse, as a result of the divorce, which has been awarded a right of habitation, the transfer of the contracts needed to redress a company in case of reordering by assignment.

In this case a new debtor is enforced to the creditor, too. The creditor does not have any other means of protection than the original debtor obligations preserving and this debtor is released in the future. As we demonstrated at the beginning of this chapter, one of the reason for which the assignment of duty was not regulated in our system of law is the subjective, personal feature of the debt; considering the personal qualities of the debtor, the

¹ Stanciu D. Cărpenu – Drept comercial român, Ed. All, Buc., 1995, p. 233;

² Ibidem;

creditor draws his solvability, too. In this case, by the assignment of the contract without the creditor consent, the creditor has not got the ability to consider the debtor's demureness and solvability and of course this fact is in his disadvantage.

But the original debtor keeps on to comply to his bonds which correspond to the prior period of the transfer of the contract. Such as in case of a leased premises selling for a deposit, the Seller shall be debtor of the deposit restitution to the tenant.

In some case law does not allow to a third party to substitute himself to one of parties before the contract closing. It is about the refusal according to art.5, Law no 54/1998, regarding the juridical circulation of the lands given to the co-lenders, neighbours and tenants who shall be able to buy a land for the price asked by the Seller, before any other person preferred by the Seller. This right compels the Seller to change the debtor; the refusal titleholder is asserted by law to the Seller, as the debtor of the asked price under the penalty of cancelling the contract of sale and purchase that was concluded by overriding this legal stipulation.

This thing does not prejudice too much the Seller because if the new debtor fails to pay the price, the Seller can adopt a resolution in order to recover the asset and after that he can sell it to anyone.

The assignment of duty, as the fixture of the transfer of an asset, of a right universality or a contract.

a) The assignment of duty as the fixture of the transfer of an asset is taken for the situations stipulated in case of the assignment of contract where we mentioned that the assignment of contract was achieved as a fixture of the transfer of the asset which made the object of the contract.

- art. 1441 C.civ. stipulates the following: if the tenant sells the leased or sub-leased premises, the Buyer must comply to the demurring carried out before the selling because it was made by authentic deed or by private signature with certified date; except the case in which was expressly stipulated the demurring abating because of the premises selling. Although the premises buyer must comply with the closing, the original owner is binding on the obligation execution towards the tenant, just in case of the imperfect delgation.

- the assured asset buyer is binding on the insurance agreement terms (for example, to pay the insurance bonuses), but the parties can cancel the contract. The insurance keeps on going to the buyer benefit; henceforth the buyer is not anymore binding on his insurer liabilities and the Seller is released of the liabilities by the mutual agreement of the insurer.

b) As a fixture of the transfer of the right universality (pertaining to a patrimony of assets), we have already talked about the assignment of duty without the creditor protection (sub-head2.2) in case of the merger and amalgamation of the companies and in case of an inheritance of an individual.

c) The assignment of duty, as a fixture of the assignment of contract is achieved in our legislation in the residential matter. It is stipulated in art.33 Law no.114/1996¹– the residence exchange between two or more principal tenants. By the effect of residence exchange, the tenants releases each one another the obligations towards their landlords.

¹ Published in Monitorul Oficial nr. 254 din 21 octombrie 1996;

DREPTUL LA UN PROCES ECHITABIL ȘI ACCESUL LIBER LA JUSTIȚIE, GARANȚII CERUTE DE CONVENȚIA EUROPEANĂ A DREPTURILOR OMULUI

Prof. univ. dr. FLOREA MĂGUREANU
Universitatea Româno-Americană – București

REZUMAT

Respectarea drepturilor procesuale ale părților, constituie o obligație esențială a instanței, multe prevederi ale Codului de procedură civilă sancționând sever nerespectarea acestor drepturi, inclusiv prin casarea hotărârii judecătorești și rejudecarea cauzei respective.

Reglementările internaționale cuprinse în tratatele la care România este parte, prevăd și ele asemenea obligații, cele mai importante reieșind din Convenția Europeană a Drepturilor Omului dar și din numeroasele Directive Europene, obligatorii pentru România după aderarea la Uniunea Europeană.

În accepțiunea Convenției, dreptul la un proces echitabil are mai multe componente și anume: accesul liber la justiție; examinarea cauzei în mod echitabil, public și într-un termen rezonabil; examinarea cauzei de către un tribunal independent, imparțial, stabilit prin lege; publicitatea pronunțării hotărârilor judecătorești.

CUVINTE CHEIE: justiție, acces liber la justiție, proces echitabil, reglementări internaționale, termen rezonabil.

Constituția României stabilește, la art. 11, cu valoare de principiu, obligația statului român de a îndeplini întocmai și cu bună-credință îndatoririle ce-i revin din tratatele la care este parte, precum și faptul că tratatele ratificate de Parlament fac parte din dreptul intern. Reglementările menționate fac aplicarea unuia dintre principiile încrederii între statele comunității internaționale – pacta sunt servanda - și exprimă, în același timp, corelația dintre dreptul internațional și dreptul intern, prin integrarea normelor dreptului internațional în sistemul dreptului național.

Distinct de consacrarea integrării dreptului internațional în sistemul juridic național, legea fundamentală a României conține reglementări specifice referitoare la tratatele internaționale privind drepturile omului¹.

Astfel, art. 20, Constituția stabilește că interpretarea și aplicarea drepturilor și libertăților cetățenești se fac în concordanță cu prevederile tratatelor internaționale la care România este parte și că reglementările internaționale din domeniul drepturilor omului, cuprinse în tratatele ratificate de România, au prioritate față de reglementările interne în cazul în care între ele există neconcordanțe.

¹ Pentru mai multe detalii privind reglementările constituționale privind drepturile și libertățile cetățenești și modul în care acestea sunt respectate în România, a se vedea: D.D. Dănișor , *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Ed. SITHEC, Craiova, 2006, p. 170 și urm.; I. Muraru, *Drept constituțional și instituții politice. Teoria generală*, vol. I, București, 1991, p. 20 și urm.

Ratificarea de către România a Convenției Europene pentru apărarea Drepturilor Omului (C.E.D.O.)¹, precum și protocoalele adiționale la aceasta nr.1, 4, 6, 7, 9, 10, a impus și reglementări corespunzătoare care să asigure respectarea prevederilor acesteia

În acest mod, conform art.11 și 20 din Constituție, Convenția și protocoalele ei adiționale au devenit parte integrantă a dreptului intern, având prioritate față de acesta, altfel spus C.E.D.O. și protocoalele adiționale au devenit izvor de drept intern obligatoriu și prioritar, ceea ce, în plan național, are drept consecință imediată aplicarea convenției și protocoalelor de către instanțele judecătorești române, iar în plan internațional acceptarea controlului prevăzut de C.E.D.O. cu privire la hotărârile judecătorești naționale.

Prin Protocolul nr.11 al Convenției Europene al Drepturilor Omului, intrate în vigoare la data de 1 noiembrie 1998, a intervenit o reformă a sistemului de control în fața Curții, s-a urmărit menținerea și întărirea eficacității apărării drepturilor omului și libertăților fundamentale prevăzute de Convenție. Ca o garanție a respectării acestor drepturi, Convenția prevede, în art.6 pct.1, dreptul oricărei persoane la un proces echitabil: ”Orice persoană are dreptul de a-i fi examinată cauza în mod echitabil, public și într-un termen rezonabil, de către un tribunal independent și imparțial, stabilit prin lege, care va hotărî fie asupra încălcării drepturilor și obligațiilor cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptată împotriva sa. Hotărârea trebuie să fie pronunțată în public, dar accesul în sala de ședință poate fi interzis presei și publicului, pe întreaga durată a procesului sau a unei părți a acestuia, în interesul moralității, al ordinii publice ori al securității naționale într-o societate democratică, atunci când interesele minorilor sau protecția vieții private a părților la proces o impun, sau în măsura considerată strict necesară de către tribunal, atunci când, datorită unor împrejurări speciale, publicitatea ar fi de natură să aducă atingere intereselor justiției”.

Rezultă că, în accepțiunea Convenției, dreptul la un proces echitabil are mai multe componente și anume: accesul liber la justiție; examinarea cauzei în mod echitabil, public și într-un termen rezonabil; examinarea cauzei de către un tribunal independent, imparțial, stabilit prin lege; publicitatea pronunțării hotărârilor judecătorești².

a) Accesul liber la justiție.

Accesul liber la justiție este consacrat, ca drept cetățenesc fundamental, atât prin art.6 pct.1 din Convenție, cât și prin art. 21 din Constituția României, prin art.10 din Declarația universală a drepturilor omului, precum și prin art.14 pct.1 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice.

În Constituție, accesul liber la justiție este conceput ca drept al oricărei persoane de a se putea adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime, garantându-se că **exercitarea acestui drept nu poate fi îngrădită prin nici o lege.**

¹ Convenția a fost ratificată prin Legea nr. 30/1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I a, nr. 135 din 31.05.1994, intrată în vigoare la 20.06.1994 prin depunerea instrumentelor de ratificare la Secretariatul General al Consiliului Europei. În sensul Convenției sunt și prevederile art. 14 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, ratificat de România prin Decretul nr. 212/1974.

² Pentru mai multe detalii privind modul în care sunt reflectate și respectate prevederile Convenției Europene a Drepturilor Omului în legislația națională, a se vedea și: Fl. Măgureanu. G. Măgureanu Popțean, *Organizarea sistemului judiciar*, ediția a VI, Ed. Universul Juridic, București 2009, p. 53-67.

Ca mijloacele procedurale concrete de care pot uza cetățenii pentru a accede la justiție Codul de procedură civilă prevede cererea de chemare în judecată (art.109) și căile de atac împotriva hotărârilor judecătorești (apelul - art. 282, recursul - art. 299, contestația în anulare art. 317 și art. 318, revizuirea - art. 322), iar Codul de procedură penală prevede plângerea prealabilă (art. 279 alin. 2 lit. a), căile de atac împotriva măsurilor dispuse de procuror în cursul urmăririi penale (art. 278/1), căile de atac ordinare și extraordinare împotriva hotărârilor judecătorești (apelul - art. 361, recursul – art. 385/1, contestația în anulare - art. 386, revizuirea - art. 393).

Posibilitățile procedurale menționate asigură persoanelor interesate accesul la o instanță de judecată, căreia, prin lege, i s-a stabilit competența de a hotărî în materie civilă sau penală.

Acest mod de reglementare al dreptului de acces la justiție este în concordanță cu abordarea europeană a aceluiași concept, căci, în accepțiunea Convenției, exercitarea dreptului de acces la justiție presupune tocmai asigurarea accesului oricărei persoane la un tribunal instituit de lege, adică garantarea unei proceduri judiciare în fața căreia să se poată realiza, efectiv, acest drept.

În ceea ce privește mijloacele concrete de asigurare a accesului liber la justiție, acestea sunt lăsate de Convenție la latitudinea statelor care au ratificat-o, devreme ce prin art. 6 pct.1 nu s-au prevăzut expres alte asemenea mijloace.

Ca atare, dispozițiile din dreptul intern referitoare la modurile de sesizare a instanțelor judecătorești sunt pe deplin aplicabile, dar aceasta nu înseamnă dreptul de acces la toate structurile judecătorești - judecătorii, tribunale, curți de apel, Înalta Curte de Casație și Justiție - și nici la toate căile de atac prevăzute de lege - apel, recurs, contestație în anulare, revizuire, deoarece, așa cum a hotărât Plenul Curții Constituționale prin decizia nr. 1/8 februarie 1994, prin lege pot fi instituite reguli deosebite, în considerarea unor situații deosebite.

Astfel de reguli întâlnim, de pildă, în materia apelului civil, unde, prin art.282/1 Cod procedură civilă, sunt reglementate categoriile de hotărâri judecătorești care, prin raportare la obiectul cererilor în care au fost pronunțate, sunt exceptate de la această cale de atac, ori în materia hotărârilor de strămutare a pricinilor civile, care nu sunt supuse nici unei căi de atac (art. 40 alin. 4 Cod procedură civilă).

Deseori în practica instanțelor naționale a fost invocată de părți, ca măsură de îngrădire a accesului liber la justiție, lipsa de gratuitate a procesului civil, prin instituirea în sarcina titularului cererii de chemare în judecată a obligației de plată a unei taxe de timbru și prin neasigurarea asistenței juridice gratuite. Nici unul din cele două argumente nu justifică o îngrădire reală a dreptului de acces la justiție. Achitarea taxelor judiciare de timbru nu încalcă principiul gratuității justiției și, implicit, al accesului liber la justiție, deoarece partea căzută în pretenții poate fi obligată la restituirea sumelor avansate în condițiile art. 274-276 Cod procedură civilă; mai mult, prin Legea taxelor judiciare de timbru nr. 146/1997 se prevede scutirea de timbraj pentru anumite categorii de cauze civile, iar legislația națională asigură și alte garanții efective pentru finalizarea procedurii judiciare chiar și în cazul persoanelor cu posibilități materiale reduse.

În acest sens, art.74 Cod procedură civilă prevede, pentru cel care nu e în stare să facă față cheltuielilor unei judecăți, fără a primejdui propria sa întreținere sau a familiei sale, dreptul de a cere instanței de judecată asistență judiciară, iar art.75 din același cod prevede că, în conținutul conceptului de asistență judiciară intră acordarea de scutiri, reduceri,

eșalonări, sau amânări pentru plata taxelor de timbru și a timbrului judiciar, precum și apărarea și asistența gratuită printr-un avocat delegat de baroul avocaților.

Față de dispozițiile naționale enunțate, lipsa de gratuitate a procesului civil nu ar putea fi invocată cu succes ca o încălcare a liberului acces la justiție în sensul art.6 pct.1 din Convenție.

b) Examinarea cauzei în mod echitabil, public și într-un termen rezonabil.

1. Cerința din art. 6 pct.1 al Convenției, referitoare la ***examinarea în mod echitabil a cauzei***, trebuie înțeleasă în sensul de a se asigura respectarea principiilor fundamentale ale oricărui proces și anume principiul contradictorialității și principiul dreptului la apărare, ambele asigurând egalitatea deplină a părților în proces.

Contradictorialitatea este principiul care îngăduie părților din proces să participe în mod activ și egal la prezentarea, argumentarea și dovedirea drepturilor lor în cursul desfășurării procesului, mai precis să discute și să combată susținerile făcute de fiecare dintre ele și să-și exprime opinia asupra inițiativelor instanței în scopul stabilirii adevărului și al pronunțării unei hotărâri legale și temeinice.

În virtutea contradictorialității, părțile își aduc reciproc la cunoștință pretențiile, apărările și probele de care înțeleg să se folosească în proces, prin cererile scrise adresate instanței, judecata nu se poate face decât după legala lor citare, în cursul procesului toate părțile sunt ascultate în mod egal, inclusiv asupra împrejurărilor de fapt sau de drept puse în discuție de instanță, în vederea aflării adevărului în cauză, încuviințarea probelor se face în ședință publică, după prealabila lor discutare de către părți, iar hotărârile judecătorești sunt comunicate părților, în vederea exercitării căilor legale de atac.

Consacrări indirecte ale manifestărilor principiului contradictorialității, așa cum au fost ele anterior redate, respectând înțelesul art.6 pct.1 din Convenție, se regăsesc și în legislația națională, mai precis în reglementarea art. 112, art.115, art.114 alin.1, art.107, art.128-129, art.114 alin.4 Cod procedură civilă.

Nu există, deci, neconcordanțe de semnificație juridică a contradictorialității între dispozițiile Convenției și dispozițiile din legea națională și, față de garanțiile pe care aceasta din urmă le instituie pentru asigurarea contradictorialității, sunt toate premisele ca, prin hotărârile pronunțate, instanțele naționale să nu se facă vinovate de încălcări ale dreptului la un proces echitabil, prin nesocotirea principiului contradictorialității.

- Dreptul la un proces echitabil înseamnă și posibilitatea rezonabilă a oricărei părți de a expune cauza sa instanței de judecată, în condiții care să nu o dezavantajeze față de partea adversă, ceea ce se realizează prin asigurarea dreptului său la apărare.

Dreptul la apărare are în dreptul românesc și valoare de principiu constituțional, ținând seama că prin art. 24 alin.1 din Constituție se stabilește că dreptul la apărare este garantat, iar prin alineatul 2 al aceluiași articol se prevede că în tot cursul procesului părțile au dreptul să fie asistate de un avocat, ales sau numit din oficiu.

În sens material, acest drept include toate drepturile și garanțiile procesuale, care asigură părților posibilitatea de a-și apăra interesele, iar în sens formal el include dreptul părților de a-și angaja un avocat.

Realizarea dreptului la apărare este asigurată și prin modul de organizare și funcționare a instanțelor judecătorești, la baza căruia stau principiile legalității, egalității părților, gratuității, colegialității, publicității, controlului judiciar, imutabilității și rolului activ al instanței.

Legalitatea semnifică înfăptuirea justiției în numele legii de către instanțele judecătorești prevăzute de lege, în limita competențelor ce le-au fost conferite de legiuitor, precum și supunerea judecătorilor numai în fața legii; egalitatea părților semnifică un tratament egal al acestora în raporturile procesuale cu instanța, dar și în raporturile dintre ele, prin recunoașterea acelorași drepturi procesuale și impunerea acelorași obligații; gratuitatea înseamnă obținerea unei rezolvări judiciare necondiționat de plata vreunei taxe; controlul judiciar înseamnă posibilitatea verificării, de către o instanță superioară în grad, a legalității și temeiniciei hotărârii pronunțate de instanța inferioară; imutabilitatea semnifică imposibilitatea, de principiu, a modificării cadrului litigiului, sub aspectul părților, obiectului și temeiului de drept; rolul activ al instanței reprezintă, nu o ingerință în interesele părților, ci o garanție a respectării drepturilor și realizării intereselor acestora, deoarece are ca unic scop aflarea adevărului în cauză.

2. Cerința ***examinării cauzei în public***, prevăzută de art. 6 pct.1 din Convenție, înseamnă publicitatea dezbaterilor, care se realizează, pe de o parte prin asigurarea accesului părților la dezbateri, aceasta fiind o condiție inerentă a exercitării drepturilor lor procesuale, constând în dreptul la apărare și dreptul la dezbateri contradictorii, iar pe de altă parte, prin asigurarea accesului la dezbateri al oricăror persoane.

În același mod este înțeleasă noțiunea de publicitate și în dreptul intern.

Astfel, art. 126 din Constituție, art. 5 din Legea de organizare judiciară nr. 304/2004 și art. 21 alin. 1 din Codul de procedură civilă proclamă că ședințele de judecată sunt publice, afară de cazurile prevăzute de lege. Cazurile de excepție de la regula publicității sunt nominalizate în lege, prin indicarea unor criterii de apreciere, pe baza cărora instanța de judecată trebuie să le determine – alin. 2 al art. 121 Cod procedură civilă stabilește că instanța poate să dispună ca dezbaterile să se facă în ședință secretă, dacă dezbaterea publică ar putea vătăma ordinea sau moralitatea publică ori părțile.

Pentru asigurarea publicității, ședințele de judecată se țin la sediul stabil și cunoscut al instanței, în zilele și la orele fixate de instanță, potrivit listei de ședință, care se afișează la ușa sălii de ședință, cu cel puțin o oră înainte de începerea ședinței de judecată (art. 125 Cod de procedură civilă).

Publicitatea este o garanție a corectitudinii și imparțialității judecătorilor, a independenței acestora, pentru că nu este suficient să se facă dreptate, ci este nevoie să se și vadă acest lucru; pentru acest motiv părțile nu pot fi împiedicate să participe la dezbaterea cauzelor proprii, nici măcar atunci când s-a declarat ședință secretă (art. 121 alin. 2 C. proc. civ.), iar terțele persoane nu pot fi îndepărtate din sala de judecată decât în cazul ședințelor secrete.

Caracterul dezbaterilor nu influențează, însă, pronunțarea hotărârii judecătorești, care se face, întotdeauna, în ședință publică, fapt prevăzut expres în art. 6 pct.1 din Convenție, dar și în art. 121 alin. 3 Cod procedură civilă.

3. Cerința Convenției ca ***examinarea cauzei să se facă într-un termen rezonabil*** trebuie raportată la fiecare caz în parte, luând în considerare durata procedurii, natura pretențiilor, complexitatea procesului, comportamentul autorităților competente și al părților, dificultatea dezbaterilor, aglomerarea rolului instanței și exercitarea căilor de atac.

Celeritatea judecării proceselor nu este consacrată în legislația națională în mod expres, decât într-un număr limitat de litigii, de pildă, în materia restituirii imobilelor preluate abuziv în perioada comunistă, reglementată prin legea 10/2001 sau în materia adopțiilor, reglementată prin O.U.G. 25/1997, aprobată prin legea 87/1998.

Cu toate acestea, în Regulamentul pentru organizarea și funcționarea instanțelor, aprobat prin Ordinul nr. 991/C/1993 al Ministerului Justiției, se reglementează măsurile ce se dispun de instanță la primirea sesizării, stabilindu-se că prin acestea trebuie să se asigure soluționarea cu celeritate a cererilor primite și că aceleași măsuri trebuie luate, în același scop, și de către judecătorul căruia i s-a repartizat cauza spre soluționare (art. 44).

De asemenea, Codul de procedură civilă cuprinde o suită de norme prin care se asigură soluționarea, într-un termen rezonabil, a cererilor deduse judecății, indiferent de natura lor. Dintre acestea, cele mai importante sunt cele din art. 155 alin.1 și art.156 alin.1, care permit amânarea judecății, o singură dată, pe temeiul învoielii părților, respectiv pentru lipsă de apărare temeinic motivată, precum și cele din art. 260 alin.1 și art. 264 alin.1 Cod procedură civilă, potrivit cărora pronunțarea se poate amâna pentru un termen ce nu poate depăși 7 zile, iar redactarea hotărârii se face în termen de 30 de zile de la pronunțarea ei.

Judecarea procesului într-un termen rezonabil are ca scop înlăturarea incertitudinii în care se găsesc părțile prin restabilirea, cât mai curând posibil, a drepturilor încălcate și prin reinstaurarea legalității, care trebuie să guverneze toate raporturile juridice într-un stat de drept, ceea ce constituie o garanție a unui proces echitabil.

c) Examinarea cauzei să se facă de un tribunal independent, imparțial, stabilit prin lege.

A. Cerința independenței presupune:

- a. independența instanțelor;
- b. independența judecătorului.

a. Independența instanțelor, presupune ca instanțele judecătorești care înfăptuiesc justiția să nu fie subordonate puterii executive sau legislative.

Acest aspect este reflectat în art.126 alin.1 Constituția României, care prevede că justiția se realizează prin Înalta Curte de Casație și Justiție și prin celelalte instanțe judecătorești stabilite de lege, adică judecătorii, tribunale și Curți de apel, iar la alin. 3 se prevede că prin lege sunt stabilite competența și procedura de judecată.

b. Independența judecătorilor este reflectată în art.124 alin. 2 din Constituția României, care stabilește că judecătorii sunt independenți și se supun numai legii.

Aceasta presupune, că și în cazul instanțelor de judecată, în realizarea actului de justiție, magistrații nu pot fi influențați de puterea executivă sau legislativă.

Cerința independenței instanței nu exclude controlul judiciar care intervine în urma exercitării căilor de atac împotriva hotărârilor judecătorești.

În același timp trebuie subliniat că nici verificările atribuite prin Legea nr. 304/2004 pentru organizarea judiciară, în competența conducătorului instanței, nu afectează independența magistratului, întrucât acest control nu trebuie exercitat în nici un fel în legătură cu activitatea de judecată și hotărârea pronunțată.

Astfel, în art. 46 alin. (1) se prevede “Președinții și vicepreședinții instanțelor judecătorești iau măsuri pentru organizarea și buna funcționare a instanțelor pe care le conduc și, după caz, a instanțelor din circumscripțiile acestora, asigură și verifică respectarea obligațiilor statutare și a regulamentelor de către judecători și personalul auxiliar de specialitate”, iar la alin. (2) “Verificările efectuate personal de președinți sau vicepreședinți ori prin judecători anume desemnați trebuie să respecte principiile independenței judecătorilor și supunerii lor numai legii, precum și autoritatea de lucru judecat”.

Independența judecătorilor este dată și de garanțiile aflate în acest sens în Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, care la art. 2 alin. (1) prevede “Judecătorii numiți de Președintele României sunt inamovibili, în condițiile prezentei legi”, iar la alin. (2) “Judecătorii inamovibili pot fi mutați prin transfer, delegare, detașare sau promovare, numai cu acordul lor, și pot fi suspendați sau eliberați din funcție în condițiile prevăzute de prezenta lege”. La alin. 3 și 4 ale aceluiași articol din legea menționată, s-a prevăzut „Judecătorii sunt independenți, se supun numai legii și trebuie să fie imparțiali. Orice persoană, organizație, autoritate sau instituție este datoră să respecte independența judecătorilor”.

Cu privire la statutul procurorilor, Legea nr. 304 la art. 3 alin. (1) a stabilit “Procurorii numiți de Președintele României se bucură de stabilitate și sunt independenți, în condițiile legii”, iar la alin. (2) “Procurorii care se bucură de stabilitate pot fi mutați prin transfer, detașare sau promovare, numai cu acordul lor. Ei pot fi delegați, suspendați sau eliberați din funcție în condițiile prevăzute de prezenta lege”.

În scopul asigurării și unei independențe reale a judecătorilor și procurorilor, propunerile de numire în funcție a magistraților sunt date în competența Consiliului Superior al Magistraturii, în condițiile legii sale organice (conform art.125 alin.2 din Constituția României).

B. Împarțialitatea, ca element al unui proces echitabil, reprezintă garanția încrederii justițiabililor în magistrații și instituțiile în care aceștia își desfășoară activitatea, prin care se realizează actul de justiție.

Importanța acestui aspect este recunoscută prin consacrarea unui întreg titlu din Codul de procedură civilă, titlul V al Cărtii a I, care prevede cazurile concrete în care un magistrat și celelalte persoane implicate în actul de justiție sunt incompatibili, pot fi recuzați ori sunt obligați să se abțină, precum și procedurilor de urmat în cazul intervenirii acestora.

Aspecte vizând imparțialitatea pot fi regăsite și în titlul VI al aceleiași Cărți a Codului de procedură civilă, referitor la strămutarea pricinilor, care stabilește „Când una dintre părți are două rude sau afini până la gradul al patrulea inclusiv printre magistrații sau asistenții judiciari ai instanței, cealaltă parte poate să ceară strămutarea pricinii la o altă instanță de același grad. Strămutarea pricinii se mai poate cere pentru motive de bănuială legitimă sau de siguranță publică”.

În același timp și prin Constituție s-a recunoscut importanța acestei laturi a unui proces echitabil, prevăzându-se că funcția de judecător este incompatibilă cu orice altă funcție publică sau privată, cu excepția funcțiilor didactice din învățământul superior.

Stabilirea prin lege a tribunalului, ca element al unui proces echitabil, are în vedere competența de soluționare a cauzei, atât din punct de vedere material cât și teritorial.

În acest context, în legislația internă dispozițiile legale sunt clare și precise, delimitând foarte clar competențele instanțelor de judecată implicate în realizarea actului de justiție.

Sunt întâlnite astfel dispoziții care stabilesc competența după materie (Titlul I al Codului de procedură civilă), competența teritorială (Titlul II), cazurile de extindere a competenței (Titlul III), precum și procedura în cazul intervenirii unui conflict de competență (titlul IV).

În scopul asigurării imparțialității, prin legi speciale de reglementare a unui anumit domeniu de activitate, este prevăzută competența de soluționare a cauzelor respective, dispozițiile Codului de procedură civilă, fiind completate cu reglementări specifice.

d) Publicitatea pronunțării hotărârilor judecătorești.

Pronunțarea dispozitivului hotărârii judecătorești, în ședința publică, chiar în lipsa părților, este impusă de art. 258 alin. 2 Cod procedură civilă.

Pronunțarea în ședință publică a hotărârilor judecătorești, asigură cunoașterea de către justițiabili a hotărârii, imediat după deliberarea completului de judecată, dând posibilitatea părții a cărei cauză a fost soluționată nefavorabil, să exercite sau dimpotrivă să renunțe chiar în instanță la calea de atac (art. 267 alin.1 Cod procedură civilă).

În raport cu dispozițiile art. 11, alin. 2 din Constituție, prevederile Convenției, făcând parte din dreptul intern, sunt de aplicare directă și imediată în fața organelor jurisdicționale, iar potrivit art. 20, alin. 2 din Constituție, dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte și legile interne, au prioritate reglementările internaționale. Mecanismul de control organizat de Convenție poate fi declanșat, pe calea recursului individual, cu respectarea condițiilor de fond și formă, numai după epuizarea căilor interne de recurs¹.

¹ V. Stoica, I. Stoica, *Convenția Europeană și impactul acesteia asupra sistemului judiciar românesc*, Dreptul nr. 10-11/1994, p. 10; Fl. Măgureanu, *Drept procesual civil*, ediția a X-a, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 26-45.

MEDIEREA ȘI PERSPECTIVELE EI

Prof. univ. dr. FLOREA MĂGUREANU

Universitatea Româno-Americană

Conceptul de mediere a apărut în Statele Unite ale Americii în anul 1976, în urma unor inițiative guvernamentale care vizau decongestionarea instanțelor de judecată, cunoscând repede o puternică dezvoltare, instanțele fiind degrevate de un număr mare de dosare.

Recent, în urma studiilor efectuate, Asociația Americană de Arbitraj a înregistrat succese în peste 80% din cauzele supuse medierii, ceea ce înseamnă o reușită care a încurajat și alte state să adopte măsuri legislative corespunzătoare.

Medierea a cunoscut răspândire și în țări ale Uniunii Europene cum ar fi: Franța, unde legea medierii a fost adoptată în 1995, în Anglia, Olanda și mai recent și în alte țări, ca urmare a avantajelor ce le prezintă față de procedura de drept comun, unde clauzele de mediere au început să-și facă tot mai des apariția, mai ales în contractele comerciale.

Preocupări majore pentru căutarea unor mijloace de soluționare a conflictelor, prin alte modalități decât cele juridice, au existat, în țările din occident, încă din perioada anilor '70.

Necesitatea soluționării conflictelor de interese care apar între persoane fizice sau persoane juridice, tot mai numeroase în ultima perioadă, a impus găsirea unor modalități, tot legale, dar care să evite calea greoaie și costisitoare ce se desfășoară în fața instanțelor judecătorești și a celor de executare silită¹.

Ca urmare, avocații din Uniunea Europeană și mai apoi mediatorii după apariția acestei profesii, încurajați de legislația din țările lor, au început să preia și să aplice metodele alternative de stingere a diferendelor, medierea începând să devină unul dintre instrumentele preferate a celor mai multe corporații, cu o tendință de proliferare din ce în ce mai puternică în rândul companiilor mici și mijlocii².

Cu toate acestea, nu toate țările au adoptat cu ușurință medierea, multora li se pare trecerea de la judecător la mediator o schimbare mult prea mare care necesită timp pentru a fi înțeleasă și acceptată.

Instanțele judecătorești sunt supraaglomerate, costurile sunt uneori exagerat de mari, mai ales dacă se solicită și luarea unor măsuri asigurătorii și trebuie plătită cauțiunea, timpul în care sunt parcurse toate etapele procesuale este, din păcate, destul de îndelungat, mai ales dacă se dispun casări cu trimitere, când procedura trebuie reluată.

¹ Pentru un examen mai amplu privind procedura de soluționare a litigiilor de către instanțele judecătorești, a se vedea: I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Drept procesual civil. Teoria generală*, E.D.P., București, 1983, p. 454 și urm.; V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. II, Ed. Național, București, 2004, p. 7-283; I.Leș, *Tratat de drept procesual civil*, Ed. ALL-BECK, București, 2001 și *Comentariile Codului de procedură civilă*, vol. I, Ed. ALL-BECK, București, 2001, p. 293 și urm.; I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. II, Ed. Europa Nova, București, 1997, p. 5 și urm.; A. Hilsenrad, I. Stoenescu, *Procesul civil în R.P.R.*, Ed. Științifică, București, 1957, p. 283 și urm.; I. Stoenescu, Gr. Porumb, *Drept procesual civil român*, E.D.P., București, 1966, p. 237 și urm.; Fl. Măgureanu, *Drept procesual civil, ed. a X-a*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 268 și urm. și *Drept procesual civil român*, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 243-340; M. Tăbărcă, *Drept procesual civil*, vol. I, Ed. Glogal Lex, București, 2004, p. 284 și urm.

² A se vedea și www.mararu.ro

S-a impus așadar, găsirea unor metode alternative de stingere a diferendelor comerciale, civile, de dreptul muncii, de dreptul familiei sau chiar din domeniul dreptului penal, mai rapide, mai flexibile și mai economice, în măsura în care legislația permite ca aceste conflicte să fie mediate.

Medierea se realizează de persoane atestate în acest scop, potrivit Legii nr. 192/2006, înscrise în Tabloului mediatorilor autorizați¹.

Codului de etică și deontologie profesională a mediatorilor, definește mediatorul ca fiind persoana imparțială și calificată, aptă să faciliteze negocierile între părțile aflate în conflict, în scopul obținerii unei soluții reciproc convenabile, eficiente și durabile.

Potrivit prevederilor art. 7 din lege, poate fi mediator persoana care îndeplinește următoarele condiții:

- a) are capacitate deplină de exercițiu;
- b) are studii superioare;
- c) are o vechime în muncă de cel puțin 3 ani sau a absolvit un program postuniversitar de nivel master în domeniu, acreditat conform legii și avizat de Consiliul de mediere;
- d) este aptă, din punct de vedere medical, pentru exercitarea acestei activități;
- e) se bucură de o bună reputație și nu a fost condamnată definitiv pentru săvârșirea unei infracțiuni intenționate, de natură să aducă atingere prestigiului profesiei;
- f) a absolvit cursurile pentru formarea mediatorilor, în condițiile legii, cu excepția absolvenților de programe postuniversitare de nivel master în domeniu, acreditate conform legii și avizate de Consiliul de mediere;
- g) a fost autorizată ca mediator, în condițiile prevăzute de lege.

Autorizarea ca mediator a persoanelor care îndeplinesc condițiile menționate se face de către Consiliul de mediere, urmând înscrierea mediatorului în Tabloul mediatorilor, întocmit de Consiliul de mediere și publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I.

Cetățenii statelor membre ale Uniunii Europene sau ale Spațiului Economic European, posesori ai unui document de calificare în profesia de mediator, obținut în unul dintre aceste state, dobândesc, în contextul dreptului de stabilire, accesul la profesie în România, după recunoașterea acestor documente de către Consiliul de mediere, conform Legii nr. 200/2004 privind recunoașterea diplomelor și calificărilor profesionale pentru profesiile reglementate din România, cu modificările ulterioare.

Prevederile menționate se aplică și cetățenilor români, posesori ai documentelor de calificare în profesia de mediator, obținute într-un stat membru al Uniunii Europene sau al Spațiului Economic European ori, după caz, într-un stat terț.

Mediatorul străin poate desfășura în România activitatea de mediere cu caracter ocazional, sub forma prestării de servicii, în baza documentului care atestă că exercită legal această profesie în statul de origine sau de proveniență, fiind exceptat de la cerințele de autorizare și de înscriere prevăzute în lege, având însă obligația înștiințării, în scris, a Consiliului de mediere cu privire la desfășurarea acestei activități.

Cetățeanul unui stat terț, care a absolvit cursurile pentru formarea mediatorilor în străinătate sau care a dobândit calitatea de mediator în străinătate și dorește să desfășoare

¹ Legea nr. 192/2006 din 16 mai 2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 441 din 22 mai 2006. A se vedea și Hotărârea Consiliului de Mediere nr. 964/2008 din 03 mai 2008 privind aprobarea Tabloului mediatorilor autorizați, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 357 din 08 mai 2008.

activitate de mediere cu caracter permanent în România, dobândește acces la profesie în următoarele condiții:

a) prezintă titlul de studii, însoțit de atestatul de echivalare eliberat de Ministerul Educației, Cercetării și Inovării;

b) prezintă conținutul programei de formare parcurse, inclusiv durata pregătirii și, după caz, documentele care atestă dobândirea calității de mediator, în vederea evaluării de către Consiliul de mediere a conținutului programei de formare prezentate, inclusiv durata pregătirii. Condițiile de echivalare ori compensare a calificării, în situația în care cunoștințele și abilitățile atestate nu corespund cerințelor de calificare prevăzute de legea română, sunt stabilite prin Regulamentul profesiei de mediator.

Pentru a asigura pregătirea corespunzătoare a mediatorilor, formarea profesională a acestora se asigură prin organizarea cursurilor de specialitate de către furnizorii de formare care au fost autorizați conform legislației în materia formării profesionale a adulților și de către instituțiile de învățământ superior acreditate, pe baza unor programe de formare în domeniul medierii, elaborate de Consiliul de mediere, și avizate în prealabil de către acesta.

În scopul cunoașterii instituțiilor și celelalte persoane juridice care desfășoară, programe de formare a mediatorilor, Consiliul de mediere înscrie instituțiile și persoanele juridice respective într-o listă dată publicității, prin afișare la sediul Consiliului, la sediul instanțelor judecătorești și al autorităților administrației publice locale, precum și la sediul Ministerului Justiției și pe pagina de Internet a acestuia.

Exercitarea profesiei de mediator este compatibilă cu orice altă activitate sau profesie, cu excepția incompatibilităților prevăzute prin legi speciale.

Potrivit prevederilor art. 14 din lege, exercitarea calității de mediator se suspendă:

a) în cazul unei incompatibilități prevăzute de lege. În acest caz, mediatorul este obligat să încunoștințeze, în termen de 3 zile, Consiliul de mediere, în legătură cu această incompatibilitate;

b) la cerere, făcută în scris de către mediator;

c) ca sancțiune disciplinară, pentru o perioadă cuprinsă între o lună și 6 luni.

d) în cazul în care împotriva mediatorului s-a luat măsura arestării preventive, până la soluționarea procesului penal, situație în care exercitarea calității de mediator se suspendă de drept.

Calitatea de mediator încetează:

a) la cerere, prin renunțare făcută în scris de către mediator;

b) prin deces;

c) în cazul în care nu mai îndeplinește condițiile prevăzute de lege pentru dobândirea calității de mediator;

d) ca sancțiune disciplinară;

e) în cazul condamnării definitive pentru săvârșirea cu intenție a unei infracțiuni, care îl face nedemn de a mai exercita această profesie.

Suspendarea, precum și încetarea calității de mediator se dispun sau, după caz, se constată de către Consiliul de mediere.

La noi în țară, primul centru pilot pentru medierea conflictelor comerciale a fost deschis, la Baia Mare, de Camera de Comerț și Industrie Maramureș, un centru de mediere a diferendelor comerciale fiind deschis ulterior și pe lângă Curtea de Arbitraj Internațional a Camerei de Comerț și Industrie a României.

Din legislație și literatura de specialitate, a rezultat că medierea este procedura de stingere a unei dispute prin care părțile apelează la un mediator imparțial și care folosește anumite proceduri, tehnici și calități pentru a le ajuta să rezolve respectivul diferend prin ajungerea la o înțelegere comună, exprimată printr-un document scris care are însă putere de lege între părți¹.

Potrivit prevederilor Codul de etică și deontologie profesională a mediatorilor, adoptat la data de 17.02.2007, de Consiliul de mediere, medierea este modalitatea voluntară de soluționare a conflictelor dintre două sau mai multe persoane, pe cale amiabilă, cu sprijinul unei terțe persoane neutre, calificată și independentă, printr-o activitate desfășurată în conformitate cu prevederile legale în domeniu și normele Codului menționat.

Directiva Uniunii Europene (IP/08/628) privind medierea în dreptul civil și dreptul comercial, are ca scop facilitarea și promovarea modalităților alternative de soluționare a conflictelor și de a armoniza medierea cu procedurile judiciare în țările membre. Directiva pune accent pe formarea mediatorilor, respectarea standardelor de formare și pe calitatea serviciilor de mediere și recomandă judecătorilor să sfătuiască părțile să recurgă la mediere. De asemenea, înțelegerea la care ajung părțile prin mediere este considerată ca având aceeași valoare cu însăși hotărârea judecătorească, în acest scop părțile fiind sfătuite să se prezinte în fața notarului sau să urmeze procedurile judiciare specifice statului membru în vederea punerii în aplicare a înțelegerii dintre părți obținută prin mediere. Directiva are în vedere caracterul confidențial al medierii și face referire la durata medierii și la termenele de prescripție, insistându-se pe asigurarea accesului la justiție în situația în care medierea eșuează².

Potrivit prevederilor art. 2 alin. (1), din Legea nr. 192/2006, dacă legea nu prevede altfel, părțile, persoane fizice sau persoane juridice, pot recurge la mediere în mod voluntar, inclusiv după declanșarea unui proces în fața instanțelor competente, convenind să soluționeze pe această cale orice conflicte în materie civilă, comercială, de familie, în materie penală, precum și în alte materii, în condițiile prevăzute de lege. Sunt supuse medierii și conflictele din domeniul protecției consumatorilor, în cazul în care consumatorul invocă existența unui prejudiciu ca urmare a achiziționării unor produse sau servicii defectuoase, a nerespectării clauzelor contractuale ori a garanțiilor acordate, a existenței unor clauze abuzive cuprinse în contractele încheiate între consumatori și agenții economici ori a încălcării altor drepturi prevăzute de legislația națională sau a Uniunii Europene în domeniul protecției consumatorilor.

Nu pot face obiectul medierii drepturile strict personale, cum sunt cele privitoare la statutul persoanei, precum și orice alte drepturi de care părțile, potrivit legii, nu pot dispune prin convenție sau prin orice alt mod admis de lege.

În România, medierea se afla încă la început, în puține cazuri apelându-se la clauza medierii la semnarea unui contract. Medierea realizată prin intermediul mediatorului profesionist nu este încă suficient de bine afirmată, activitatea de mediere fiind realizată,

¹ A se vedea și Regulamentul de organizare și funcționare a Consiliului de mediere, publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 505 din 27 iulie 2007 și Codul de etică și deontologie profesională a mediatorilor, adoptat la data de 17 februarie 2007, de Consiliul de mediere din România.

² La data de 23 aprilie 2008, Parlamentul European a adoptat Directiva (IP/08/628) privind medierea în dreptul civil și dreptul comercial, în baza Propunerii de Directiva (IP/04/1288) din octombrie 2004, Statele Membre având la dispoziție 3 ani pentru a transpune în legislația internă prevederile Directivei privind medierea în dreptul civil și dreptul comercial.

de regulă, de către avocați care, potrivit prevederilor art. 3 alin. (1) litera f), pot realiza această activitate¹.

Un rol important în buna desfășurare a practicii medierii credem că îl are și Codul de etică și deontologie profesională al mediatorilor autorizați, Cod care cuprinde ansamblul normelor și caracteristicilor ce definesc calitatea activității profesionale și care are și rolul de a servi ca linie de conduită obligatorie a mediatorilor, astfel încât aceștia să desfășoare o activitate competentă și responsabilă, în conformitate cu etica profesiei.

În actuala reglementare, medierea conferă comercianților o alternativă de o simplitate, o rapiditate și eficiență pe care instanțele de judecată, având la îndemână mijloace și pârgii greoaie nu o pot oferi.

Procedura medierii prezintă marele avantaj în sensul că poate prelua o problema în fază incipientă, părțile putând evita ajungerea la o criză a relației dintre acestea.

Medierea prezintă o serie de avantaje, ce o face preferabilă față de procedura greoaie ce se desfășoară astăzi în fața instanțelor de judecată, cum ar fi: confidențialitatea; eficiența, principiul libertății de voință; este mai puțin costisitoare ș.a.

De cele mai multe ori, părțile nu sunt interesate să se facă publică existența neînțelegerilor dintre ele, obiectul litigiului și mai ales conținutul dosarului și probatoriul administrat.

Judecata în ședință publică, nu poate asigura confidențialitatea cu privire la: împrejurările cauzei, natura și specificul raportului dedus judecății, probele administrate care pot consta în rețete de fabricație, rezultatele cercetărilor de laborator cu privire la produse, materii prime etc., un număr destul de mare de persoane urmând a lua la cunoștință conținutul cauzei, natura ei, ședințele de judecată fiind publice. Confidențialitatea în procedură medierii asigură soluționarea cu discreție a neînțelegerilor care pot să apară între participanții la raporturile juridice de drept civil și în special în pricinile comerciale, în care subiecții raportului juridic nu sunt interesați să fie făcute publice neînțelegerile dintre ele.

Mediatorul soluționează litigiul în temeiul contractului principal și al normelor de drept aplicabile, ținând seamă când este cazul și de uzanțele din domeniul în care a apărut conflictul. Mai mult, în cazul medierii, pe baza acordului expres al părților, mediatorul poate soluționa litigiul în așa fel încât să păstreze un echilibru comercial corect și onest, pentru a proteja și menține vechile raporturi de colaborare dintre părți.

Publicitatea cu privire la datele și faptele, împrejurările de care părțile au luat la cunoștință la momentul încheierii raportului juridic, poate aduce prejudicii uneori greu de calculat, nu numai patrimoniale dar și cu privire la imaginea firmei, a unor date cu caracter secret ș.a., ori medierea asigură secretul acestor informații.

Medierea este un mod de a oferi părților contractante o soluție mult mai rapidă, mai eficientă, mai puțin formală, mai ieftină și care are menirea de a proteja relațiile pe termen lung existente între părțile aflate în litigiu.

Pentru soluționarea mai rapidă a conflictului apărut între părți, tot mai multe persoane juridice sau fizice recurg la mediere ca fiind o cale mai avantajoasă din punct de vedere al perioadei de timp în care conflictul apărut sau iminent poate fi soluționat.

¹ Legea nr. 51/1995 republicată pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat a fost modificată, printre activitățile avocațiale, la art. 3 alin. (1) litera f) fiind introdusă și activitatea de mediere.

Evaluarea intereselor în situațiile conflictuale, a dus la concluzia că este mai important să câștigi decât să fie declarat învingător. Un calcul riguros al costurilor unei acțiuni judiciare și o analiză a riscurilor sau a timpului pierdut la instanțele de drept comun pot fi motive suficiente pentru a prefera variantele alternative justiției clasice.

Procedura greoaie desfășurată în fața instanțelor judecătorești, constând de multe ori în necesitatea amânării judecării ca urmare neregularităților privind citarea ori amânări solicitate de părți pentru multe motive ce pot fi invocate, posibilitatea de a invoca un număr mare de excepții procesuale, de incidente care pot să apară în cursul judecării pentru a tergiversa soluționarea cauzei, numărul mare al căilor de atac cu posibilități de casare și trimitere pentru o nouă judecată și alte asemenea, sunt modalități prin care debitorul poate și de cele mai multe ori reușește să obțină amânarea soluției finale ce va fi dată de instanță.

Aceste neajunsuri pot fi înlăturate prin discuții amiabile folosind tehnicile mediatorului și să se ajungă la soluții care să stingă sau să preîntâmpine conflictul dintre părți.

Ca urmare, medierea este o procedură eficientă, care asigură soluționarea cu celeritate a neînțelegerilor, reduce sau chiar elimină formalismul, fără posibilitatea părții interesate de a obstrucționa soluționarea litigiului, întrucât mediatorul va determina părțile să înțeleagă că este interesul lor să clarifice aspectele referitoare la neînțelegerea respectivă și să evite calea justiției.

În orice convenție ce privește drepturi asupra cărora părțile pot dispune, acestea pot introduce o clauză de mediere, a cărei validitate este independentă de validitatea contractului din care face parte, așa încât, dacă legea nu prevede altfel, părțile, persoane fizice sau persoane juridice, pot recurge la mediere în mod voluntar, inclusiv după declanșarea unui proces în fața instanțelor competente, convenind să soluționeze pe această cale orice conflicte în materie civilă, comercială, de familie, în materie penală, în domeniul protecției consumatorilor și în alte materii.

Părțile au dreptul să își aleagă în mod liber mediatorul, ca urmare a încrederii în acesta, în posibilitățile lor de a soluționa neînțelegerea ca urmare a pregătirii mediatorului, experienței lui în domeniu, pe când în cazul procedurii de drept comun, părțile nu au posibilitatea să aleagă judecătorii acestia fiind numiți prin sistem aleatoriu.

Mediatorii sunt experți, specialiști și practicieni în domeniul din care face parte litigiul.

Părțile sunt libere să stabilească în contract, prin convenția de mediere, procedură de urmat de către mediator, procedură ce va governa modul de desfășurare și soluționare a unui eventual litigiu.

Ca urmare, potrivit principiului libertății de voință, părțile pot să stabilească de comun acord:

- dacă soluționarea neînțelegerii prin această procedură să se facă de un mediator sau de mai mulți;
- să stabilească locul medierii, regulile după care să se desfășoare procedura;
- dacă cheltuielile de mediere să fie suportate de ambele părți ale convenției de mediere sau numai de cel care o solicită etc.
- în procedură medierii, majoritatea prevederilor legale au caracter dispozitiv, ca urmare, părțile au posibilitatea să deroge de la ele, excepție făcând normele cu caracter imperativ.

Potrivit aceluiași principiu al libertății de voință, părțile pot încheia o tranzacție care să preîntâmpine un litigiu.

Concilierea poate avea loc indiferent dacă există sau nu o convenție de mediere și se finalizează printr-o soluție propusă părților de mediator, care, din momentul acceptării ei de către părți dobândește caracter obligatoriu, devenind convenția părților.

Medierea este o procedură facultativă, în întregime independentă de procedura de judecată, realizată de un mediator, aflat pe lista mediatorilor. Printre avantajele medierii, se numără, de asemenea, suplețea și un minimum de formalități în găsirea unei soluții echitabile economice pentru ambele părți.

Procedura desfășurată în fața instanțelor statale, este mult mai costisitoare, datorită taxelor de timbru care, de regulă se plătesc la valoarea obiectului cererii, datorită cauțiunilor dispuse de instanțe, a necesității administrării expertizelor, a unor noi expertize, a probelor etc.

De asemenea, judecata în fața instanțelor statului se desfășoară cu respectarea solemnității ședințelor de judecată, care impune o anumită conduită, de regulă stresantă pentru părți, conduită de la care nu se pot abate, în caz contrar suferind sancțiunile prevăzute de lege.

În cazul medierii, mediatorul având rolul de a găsi o soluție acceptată de părți, va putea folosi metode și mijloace prin care să convingă părțile că o soluție amiabilă este de preferat, nefiind interesat în folosirea unor mijloace care să nu ducă la accentuarea tensiunilor existente între părți ca urmare a neexecutării obligațiilor de către debitor ori a executării necorespunzătoare a acestora.

Afirmarea în mai mare măsură a profesioniștilor în arta medierii, avantajele prezentate ca și alte numeroase avantaje, credem că vor contribui și ele la creșterea numărului de cazuri în care medierea să fie preferată față de procedura de drept comun realizată de instanțele judecătorești.

Credem că medierea va cunoaște în viitor o dezvoltare pe măsura avantajelor ce le prezintă și a necesității soluționării litigiilor comerciale, dar și din alte domenii, cu mai multă celeritate și costuri mai mici decât justiția statală.

NOUA ORDINE MONDIALA DE LA MAURICE GOMBERG PANA LA UNIUNILE CONTINENTALE DIN PERIOADA CONTEMPORANA

Prof. univ. dr. FLORIAN COMAN

Lect. univ. drd. CRISTIAN GIUSEPPE ZAHARIE

In perioada 1941-1942 Maurice Gomberg propunea o reorganizare a lumii dupa incheierea celui de-al doilea razboi mondial.

Aceasta propunere de impartire a lumii evident nu a fost pusa in aplicare dupa incheierea conflagratiei mondiale, sugestia find contrara intereselor S.U.A. (vezi pactomania), U.R.S.S., (exportul de revolutie) si nefind in concordanta cu dorintele Marii Britanii, Frantei, Portugaliei, Olandei si Belgiei de a-si pastra imperiile coloniale.

Proiectul lui Maurice Gomberg propune in 1941 ca S.U.A. in cooperare cu statele aliate lor pentru ratiuni de siguranta nationala si in interesul asigurarii moralitatii internationale sa i-a hotarirea distrugerii militare complete a puterilor Axei si a satelitelor acestora (art.1).

Ulterior distrugerii complete a puterii militare a Axei, S.U.A., U.R.S.S. si Marea Britanie vor asigura instaurarea unei noi ordini morale a lumii care va asigura o pace permanenta (pax americana) iar libertatea va fi instaurata ca un rezultat fericit al razboiului dus de alii.

Pentru ratiuni de natura istorica, de organizare economica si de vecinatate geografica (continentala) S.U.A. trebuie ca in mod altruist sa-si asume rolul de lider mondial care trebuie sa instituie noua ordine democrata a lumii.

Proiectul are in vedere demilitarizarea mai multor state, supunerea acestora unui control international si includerea lor in cadrul unor uniuni politice de state dar si in organizatii internationale.

Tuturor statelor le vor fi impuse in mod imperativ reguli economice comune (globale) dar SUA vor veghea la respectarea libertatilor politice in aceste state.

Planul prevede:

- punerea sub control mondial a bogatiilor naturale ale lumii in scopul asigurarii accesului tuturor statelor la acestea si a unei distributii mondiale echitabile;
- controlarea la nivel mondial a bancilor, institutiilor financiare internationale si a investitiilor straine;
- controlul la nivel federal regional al relatiilor externe si a comertului exterior al statelor membre;
- controlul mondial al industriilor de armament in toate statele lumii;
- un sistem monetar comun organizat la nivel mondial.

Statele lumii vor fi grupate in forme regionale (continentale si subcontinentale) de asociere, uniuni politice de state, in general federatii. Aceste state sau dupa caz, uniunile de state vor fi membre ale Organizatiei Natiunilor Unite. Organizatia va dispune de institutii sociale, economice si militare proprii cu ajutorul carora va putea interveni oriunde in lume pentru restabilirea pacii si democratiei.

Socant, la studierea hartii este faptul ca documentul pare sa anticipeze cu circa sapte decenii fenomene si tendinte de asocieri de state care se produc in prezent sau sunt proiectate la nivel politic peste 10-20 de ani.

Deocamdata, in principiu, aceste uniuni continentale de state imbraca forma unor organizatii continentale integrative, dar in 3-4 dintre ele sunt manifestate la nivel politic incercari de constituire de federatii ori alte tipuri de uniuni de state.

Aceste asemanari dintre harta, ordinea mondiala prezenta si unele tendinte politice ce au inceput sa se materializeze, au facut pe unele persoane sa aprecieze ca S.U.A. si alti poli mondiali de influenta (state ori organizatii de state) incearca-independent de vointa popoarelor-sa reorganizeze lumea pentru a putea controla resursele economice, financiare si umane ale acesteia.

In fapt, proiectul are in vedere constituirea pe harta lumii a unor uniuni politice de state organizate la nivel continental, (uniuni continentale) iar in Asia unde diversitatea civilizatiilor este mult mai mare, organizarea se face subcontinental (regional).

Se constituie:

- o uniune nordamericana de state, putere dominanta in lume care include S.U.A., Canada, Mexic, America Centrala si cateva insule;
- o uniune de republici socialiste dominate de Rusia (statele membre C.S.I. si cele din defunctul C.A.E.R.; harta anticipeaza aparitia ulterioara a statelor socialiste europene postbelice;
- o uniune de state sudamericane ce cuprinde tot continentul sudamerican (vezi Uniunea Natiunilor Sud Americane);
- o uniune (federatie) de republici care cuprinde intreaga Africa (vezi Uniunea Africana si Statele Unite ale Africii);
- o federatie a statelor din Peninsula Araba, (vezi in prezent Consiliul de Cooperare al Statelor Arabe din Golf);
- o uniune de republici in spatiul civilizatiei indiene formata in sistemul politic contemporan din Afghanistan, Pakistan, India, Nepal, Bhutan, Bangladesh si Myanmar, (vezi in prezent S.A.A.R.C. - Asociatia de Cooperare Regionala in Asia de Sud);
- un stat federal chinez, (a se vedea proiectul de federalizare a Chinei);
- o uniune de state europene ce constituie o federatie care cuprinde: Franta, Elvetia, Germania de Vest, Italia, Spania, Portugalia, Olanda, Belgia, Luxemborg, Malta, (vezi Uniunea Europeana, Statele Unite ale Europei);
- Israelul si teritoriile palestiniene formeaza un stat independent;
- Grecia, Turcia, Japonia si Irlanda sunt state independente;
- o uniune de state in zona Oceania-Pacific la care este parte si Marea Britanie; (vezi Uniunea Pacificului, sau Uniunea economica a A.S.E.A.N.)
- o uniune de state in spatiul scandinav.

Uniunea Europeană.-Aceasta este o entitate politică, socială și economică, dezvoltată în Europa, ce este compusă in prezent din 27 state din care 16 au adoptat deja moneda unică, EURO.

Tratatele actuale și viitoare stabilesc pentru politica Uniunii Europene o serie de instituții.

Sistemul politic rezultat din aceste acte reflectă prin structura sa principiul democratic al separării puterilor în stat în puterea legislativă, executivă și juridică, iar în ce privește procesul legislativ urmărește principiile subsidiarității și proporționalității.

Conform articolului 7 al Tratatului de instituire a Comunității Europene, revizuit ulterior prin tratatele integrării europene, organizația integrativă dispune de instituții comunitare. Acestea sunt:

- Parlamentul European, care reprezintă cetățenii Uniunii Europene, și care este ales prin vot direct de către aceștia
- Consiliul Uniunii Europene (Consiliul de Miniștri), care reprezintă fiecare stat membru
- Comisia Europeană, care reprezintă interesele generale ale UE
- Curtea de Justiție a Comunităților Europene, care se îngrijește de respectarea legilor europene
- Curtea Europeană de Conturi, care verifică finanțarea activităților UE.

În prezent Uniunea se afla într-un proces de extindere. Alte trei țări, Croația, Republica Macedonia și Turcia (asociată din 1963 și în uniune vamală din 1996), sunt oficial candidate la aderarea la Uniunea Europeană.

Uniunea Europeană¹



România și Bulgaria au devenit state membre cu drepturi depline la 1 ianuarie 2007. Cele două state au îndeplinit criteriile de aderare iar Tratatul de aderare a Republicii Bulgare și României, semnat de reprezentanții statelor membre UE și de cei ai României și Bulgariei la Așaia Neumünster din Luxemburg la 25 aprilie 2005, a fost ratificat de parlamentele naționale ale tuturor statelor membre ale UE.

Turcia este un candidat oficial la aderarea la Uniunea Europeană. Ambițiile europene ale Turciei datează de la Acordurile de la Ankara din 1963. Turcia a început negocieri preliminare la 3 octombrie 2005. Totuși, analiștii consideră ca această țară nu va adera mai devreme de 2015, datorită numărului mare de reforme economice și sociale care trebuie întreprinse. De la acordarea statutului de țară candidată, Turcia a implementat reforme

¹ Imagine preluată de site-ul wikipedia.

permanente în privința drepturilor omului, a abolit pedeapsa cu moartea, a oferit drepturi culturale minorității kurde, și a avansat în rezolvarea diferendului cipriot. Totuși, datorită diferențelor religioase și culturale în relație cu restul Europei, Turcia se lovește de o opoziție puternică din partea guvernelor conservatoare și religioase ale statelor membre, în special Franța, Germania, Austria, Grecia, Cipru și Slovenia.

Croația este un alt stat candidat la aderare. Aderarea ar putea avea loc până în 2010, deși procesul de aderare a fost încetinit printre altele de necooperarea Croației cu Tribunal internațional pentru crime de război de la Haga. La 9 noiembrie 2005, Comisia Europeană a recomandat acordarea statutului de candidat Macedoniei, devenind astfel cea de a treia republică ex-iugoslavă care câștigă acest statut.

Trei dintre statele AELS (EFTA), Islanda, Liechtenstein și Norvegia, sunt membre ale Spațiului Economic European (SEE/EEA), statut care le permite acestora participarea în cea mai mare parte a aspectelor pieței unice a EU, fără obligația de a adera. Elveția, cel de-al patrulea stat EFTA, a respins participarea în EEA printr-un referendum, dar a stabilit mai multe tratate bilaterale care au un rol similar.

Teritoriul și populația UE au crescut, printre altele, și după reunificarea germană din 1990, în timp ce înainte fuseseră diminuate (mai ales suprafața) prin retragerea Groenlandei (parte a Danemarcei), în 1985, după un referendum negativ.

Dacă Uniunea este luată ca o entitate de sine stătătoare¹, ea are cea mai mare economie din lume cu un produs intern brut în 2004 de 12.332.296 milioane de dolari (PPC). Este preconizat ca economia UE să crească în următorul deceniu, prin aderarea unor state noi - în special datorită faptului că noile state sunt de obicei mai sărace ca media europeană, urmând ca rapida creștere a PIB-ului în interiorul uniunii să contribuie la dinamica Europei unite².

Uniunea Mediteraneană



¹ German A. de la Reza, Inventarea pacii. Istoria ideilor confederative de la ducele de Sully la Simón Bolívar, Editura Logos, Bucuresti, 2009.

² EUROPA - Portalul Uniunii Europene - situl web instituțional al UE

Geografic Uniunea Europeana se invecineaza cu doua organizatii regionale integrative: o Comunitate a Statelor Independente ce pare zdruncinata de profunde framantari interne (vezi Ucraina, retragerea Georgiei) si o Uniune Africana cu lideri statali regionali ingrijorati de perspectiva unei integrari panafricane prea rapida si ampla.

Marocul deziluzionat in problema recunoasterii Republicii Arabe Democratice Saharawi de catre partenerii sai africani agreeaza apropierea de Uniunea Europeana. Acestuia i se adauga statele nordafricane circumspecte fata de constituirea unei uniuni politice de state in Africa.

Legaturile comerciale dintre statele europene si cele africane sunt de maxima importanta. Acestea creeaza premisele integrarii statelor mediteraneene neeuropene intr-o uniune economica cu statele comunitare.

Președintele francez Nicholas Sarkozy, a sugerat formarea unei Uniuni Mediteraneene. Aceasta va reuni țările din Europa, Orientul Mijlociu și Africa de Nord care au deschidere la Marea Mediteraneană într-o comunitate economică după modelul fazei incipiente a Uniunii Europene.

O aprobare sonoră a venit din partea președintelui egiptean, Hosni Mubarak. "Personal, cred că este o propunere excelentă, care trebuie studiată", a declarat Mubarak jurnaliștilor după întrevederea avută cu Sarkozy la Paris. "Încă ... ne gândim la această inițiativă. Sperăm că va reuși și credem că este de asemenea în interesul țărilor nord-africane și al Europei", a afirmat el¹.

Un alt important membru UE, Spania, si-a prezentat propria propunere privitoare la o Uniune Mediteraneană. "A sosit momentul... să construim un spațiu geopolitic real prin înființarea unei Uniuni Mediteraneene", scria ministrul spaniol de externe Miguel Angel Moratinos în El Pais.

Turcia nu a exclus participarea, dar a subliniat faptul că nici o Uniune Mediteraneană nu va fi o alternativă acceptabilă la efortul depus timp de 46 de ani de a deveni membru UE.

Formată din state UE și țări mediteraneene, Uniunea ar avea un consiliu al șefilor de stat și guvern care să stabilească principiile politice strategice, consilii ministeriale, o Comisie Permanentă care ar acționa ca secretariat, o adunare parlamentară consolidată și chiar propria bancă, a declarat Moratinos².

O asemenea organizație ar putea prelua un rol important în regiune în soluționarea diferitelor probleme, de la chestiunile ecologice la imigrație, a afirmat el.

Uniunea Nord Americana (NAU – North American Union).-Uniunea Europeana reprezinta modelul folosit pentru crearea unei alte structuri supranationale, de data asta în America de Nord, numita Uniunea Nord Americana (NAU – North American Union)³.

O diferenta semnificativa între crearea UE și cea a NAU o reprezinta durata de timp în care au aparut cele doua constructii politice. În timp ce au trecut 50 de ani de la semnarea Tratatului de la Roma care a pus bazele C.E.E. până la semnarea Tratatului de la Lisabona al Uniunii Europene, Uniunea Nord Americana (NAU) ar putea fi realizata în 15 ani!⁴

¹ SETimes.com.Dezbaterea legată de Uniunea Mediteraneană încinge Europa, 13/08/2007.

² SETimes.com.Dezbaterea legată de Uniunea Mediteraneană încinge Europa, 13/08/2007.

³ <http://www.stopthenorthamericanunion.com>.

⁴ Imagine preluata de site-ul wikipedia.



Planurile de creare a NAU au fost puse la summit-ul de la Montebello, Canada care s-a desfasurat in 20-21 august 2007 si la care au participat prim ministrul Canadei si presedintii SUA si al Mexicului. Aceasta intalnire s-a petrecut fara prezenta presei, in spatele usilor inchise.

Propunerea de a creea NAU nu e noua. In 2002, Dr. Robert A. Pastor, membru al Council on Foreign Relations (CFR), a propus in 2002, in cadrul Comisiei Trilaterale, crearea unui serviciu Nord-american de pasapoarte si a unui serviciu de comert si de imigratie care sa aiba autoritate peste serviciile similare din SUA.

De asemenea, s-a propus crearea unui grup parlamentar Nord American care sa supravezeze Congresul SUA.

In plus, se propunea o Curte de Comert si Investitii care sa rezolve disputele din cadrul NAFTA si ale carei decizii sa fie deasupra celor ale Curtii Supreme din SUA. Nu in ultimul rand, s-a propus crearea unei Comisii Nord Americane care sa “dezvolte un plan continental integrat al transportului si infrastructurii”.

In martie 2005, la un summit organizat in Texas, presedintele SUA, George W. Bush, presedintele Mexicului, Vincente Fox, si prim-ministru canadian au anuntat crearea “Parteneriatului pentru securitate si prosperitate in America de Nord” (SPP). Acest tratat nu a fost niciodata trimis spre dezbatare si aprobare Congresului SUA, la fel ca si in cazul tratatului NAFTA. Insa, departamentul de Comert al SUA a creat o agentie care sa se ocupe cu implementarea unei “uniuni nord americane” in domenii ca: bunuri industriale, comert, energie, mediu, servicii financiare, agricultura, transport, sanatate etc.

La conducerea SPP au fost numiti cate trei functionari guvernamentali din fiecare tara membra: din partea SUA, ministrul comertului Carlos Gutierrez, ministru securitatii nationale, Carlos Gutierrez si secretarul de stat Condoleezza Rice. Reprezentantii Mexicului: ministrul economiei Fernando Canales, ministrul de stat Carlos Abascal si ministrul afacerilor externe Luis Ernesto Derbez. Din partea Canadei, ministrul industriei David L. Emerson, vicepremierul si ministrul sigurantei publice, Anne McLellan si ministrul afacerilor externe Pierre Stewart Pettigrew.

In raportul din iunie 2005 al SPP catre sefii de stat din cele trei tari membre, se vorbeste despre o agenda ambitioasa de lucru: “In scopul indeplinirii instructiunilor

dumneavoastra, am stabilit grupuri de lucru pentru ambele agende: Parteneriat-Securitate si Prosperitate. Am tinut mese rotunde cu grupuri de oameni de afaceri si din finante, si din mediile politice. Rezultatul consta in niste serii detaliate de actiuni si recomandari gandite sa creasca securitatea si competitivitatea Americii de nord. Pana cand veti revedea si aproba aceste planuri, ne vom intalni din nou cu grupurile economice si vom lucra impreuna pentru a implementa planurile de lucru pe care le-am dezvoltat.“

Aceste actiuni nu sunt simple exercitii teoretice. In fapt, SPP produce o intelegere care va fi implementata direct prin directive, fara nici o supraveghere sau aprobare directa a Congresului

Raportul din iunie 2005 mai mentioneaza:”Succesul eforturilor noastre va fi definit mai putin prin continutul planurilor de lucru cat prin actuala implementare a initiativelor si strategiilor care vor face America de Nord mai prospera si mai sigura.”

Revazand agendele de lucru specifice, aproape fiecare plan de lucru e caracterizat prin pasi descrisi prin expresii ca “cele trei tari ale noastre au semnat un cadru de principii comune” sau “am semnat un memorandum” sau “am semnat o declaratie de intentie” etc. Din nou, nici una din cele 30 de agende de lucru nu mentioneaza in nici un loc intentia de a trimite deciziile catre Congresul SUA pentru discutii si aprobare. In loc de asta, planul evident este de a creea o Uniune Nord Americana printr-un proces mascat de regulamente si directive produse de diverse agentii guvernamentale.

Canada a stabilit un grup de lucru SPP in departamentul Ministerului sau de externe. Mexicul si-a plasat oficiul SPP ca parte a Ministerului Economiei si a creat un site web in care SPP (in spaniola, Alianza para la Seguridad y la Prosperidad de América del Norte) este descris drept “un proces permanent trilateral de a creea o integrare majora a Americii de nord“.

Intr-un raport al Consilului pentru relatii externe (Council on Foreign Relations, CFR) intitulat “Construirea unei Comunitati Nord Americane” se recomanda stabilirea pana in 2010 a unei Comunitati Economice si de securitate Nord Americane, cu o piata unica si cu un perimetru exterior de securitate. (adica o structura similara cu Comunitatea Economica Europeana, devenita ulterior UE) Conform raportului, “scopul Comunitatii Nord Americane va fi acela de a garanta o America de Nord libera, sigura, dreapta si prospera“. Oare unde am mai auzit aceste cuvinte?!

Ce se va intampla cu suveranitatea SUA? SUA vor ramane o natiune independenta,dar in realitate,o parte a prerogativele sale statale vor fi treptat transferate catre organismele executive, legislative si judiciare ale viitoarei Uniuni Nord Americane.

De asemenea, dolarul va fi inlocuit intr-un viitor nedefinit cu o noua moneda numita “amero”, prevazuta sa devina moneda oficiala a Uniunii Nord Americane.

Raportul CFR nu lasa nici o indoiala privind viitorul SUA, Mexicului si Canadei: “Cele trei tari trebuie sa faca un efort concertat pentru o convergenta legislativa.

Uniunea Africană.-Este organizația care succede Organizația Unității Africane (OUA). Fondată în iulie 2002, l-a avut ca prim președinte pe sud-africanul Thabo Mbeki, fost președinte al OUA.

Creată după modelul Uniunii Europene, scopurile sale sunt promovarea democrației, drepturile omului și dezvoltarea pe continentul african, în special pentru mărirea nivelului

investițiilor străine prin intermediul programului Noul Parteneriat pentru Dezvoltarea Africii (NEPAD)¹.

Ales în martie 2004, Parlamentul Panafrican s-a deschis în martie 2004 la aneput avand sedil la Addis Abeba in Etiopia. Acum are sediul la Midrand în Africa de Sud.

Initial, acesta a avut doar un rol consultativ, dar in prezent are si putere legislativa. Are 265 deputați, membri ai parlamentelor naționale ale celor 53 de state membre².

*Uniunea Africană*³



Uniunea Africană s-a născut, conform planului, din comunități economice regionale, cum ar fi Organizația pentru Unitatea Africană (Organization of African Unity-OAU) sau Comunitatea Economică Africană (African Economic Community). Are o armată proprie (care a intervenit ca forță de menținere a păcii în conflictele din zonă, cum ar fi cel de la Darfur sau cel din Somalia), o bancă unică (Banca Africană de Dezvoltare), o Curte de justiție (Curtea Africană de Justiție). Instituțiile Uniunii au în plan implementarea unei monede unice, AFRO.

Scenariu posibil in viitor in Africa. Mai multi lideri africani sustin ideea constituirii unei federatii de state numita Statele Unite ale Africii.

Intr-un discurs la Accra-Ghana in 2007, presedintele republicii Zimbabwe-Robert Mugabe a declarat ca tarile africane ar trebui sa se ajute reciproc, in loc sa se bazeze pe ajutorul international."Daca nu ne organizam sa ne punem resursele laolalta, si avem multe resurse, nu vom prospera niciodata din orice ajutoare din afara", a afirmat presedintele Mugabe.

Seful agentiei ONU pentru refugiatii, Antonio Guterre a declarat BBC⁴-ului ca integrarea politica, economica si sociala este cel mai bun mod atat de a promova dezvoltarea cat si pentru prevenirea conflictelor.

¹ Situl oficial al Uniunii Africane

² http://en.wikipedia.org/wiki/Uniunea_African_Union.

³ Imagine preluata de site-ul wikipedia.

⁴ Bbc.co.uk, 3 Iulie 2007.

Liderul libian Muammar Gaddafi cere sa se actioneze acum in acest sens, dar alti lideri aricani doresc o abordare treptata a ideei.

Presedintele Muammar al-Ghaddafi a lansat in anul 2007 in cursul unui miting, alaturi de presedintele Coastei de Fildes, Laurent Gbagbo, si de premierul ivorian, Guillaume Soro, un apel popoarelor africane - sa se uneasca intr-un singur stat si sa puna capat razboaielor civile, citat de AFP¹ 'Trebuie sa construim un stat puternic, cu un singur guvern african, o singura armata cu un efectiv de doua milioane de soldati, o singura moneda, o identitate africana, un singur pasaport', a declarat Ghaddafi, in fata a 5.000 de persoane reunite intr-o sala din Treichville, un cartier al Abidjanului.

Adunarea liderilor africani, din Ghana s-a finalizat doar cu crearea unui comitet care sa stabileasca o foaie de drum si un calendar pentru visatul guvern de uniune continentală cu finalitate in 2015. Ideea a fost formulata in urma cu 50 de ani de Kwame Nkrumah, care tocmai obtinuse independenta Ghanei.

Presedintele ghanez, John Kufor, a deschis adunarea Uniunii Africane, for pe care il conduce, intrebându-se care sunt caile cele mai potrivite pentru obtinerea istoricului deziderat.

Senegalul s-a declarat dispus chiar sa purceada la constituirea unei federatii progresive, cu plecare de la statele care o doresc in acest moment.

Ideea unei federatii africane a fost reluata la summit-ul U.A.din feb.2009 in Addis Ababa, Ethiopia.

Statele Unite ale Africii



¹ Cronica Romana, 29 Iunie 2007.

"Dacă organizăm un referendum consacrat unității africane în vederea formării unui singur stat, îl vom câștiga 100 %", a declarat Ghaddafi, potrivit căruia "este o alegere la care putem recurge dacă va fi necesar"¹.

Uniunea Națiunilor Sud-Americane (UNASUR), pînă în aprilie 2007 denumită Comunitatea Sud-Americană a Națiunilor (CSN), este o organizație politică și economică regională, fondată de 12 state din America de Sud. A fost constituită la data de 8 decembrie 2004 în orașul peruan Cuzco, în timpul Adunării a III-a a Șefilor Statelor Sud-Americane.

Tratatul de constituire al UNASUR a fost semnat pe 23 mai 2008. El prevede adoptarea unei monede unice, crearea unei bănci centrale (Banca Sudului) și instalarea unui Parlament Sud American în capitala noii uniunii, Quito, Ecuador. Allan Wagner Tizón, fost secretar general al Comunității Anzilor, a anunțat că termenul de finalizare a procesului de integrare este 2019.

Uniunea Națiunilor Sud-Americane²



În declarația de constituire s-au stabilit obiective privind:

- Concentrarea și coordonarea politică și diplomatică în regiune;
- Convergența între Mercosur, Comunitatea Andină și Chile într-o singură zonă de comerț liber. Surinam și Guyana se pot asocia fără a pierde statulul său în Caricom;
- Integrarea fizică, energetică și a comunicațiilor în America de Sud, stimulată de Inițiativa de integrare Regională Sud-Americană (IIRSA);
- Armonizarea politicilor de dezvoltare rurală și agroalimentară;
- Transferul de tehnologie și cooperarea pe orizontală în toate domeniile științifice educaționale culturale;
- Creșterea nivelului de interacțiune între mediile comerciale și societatea civilă;
- Promovarea graduală a măsurilor, acțiunilor și a domeniilor de acțiune în baza instituțiilor existente.

Structura organizației integrative cuprinde:

- Reuniunea de Miniștrilor de Externe care formulează propuneri concrete de acțiune și decizii executive;

¹ Ziarul Adevarul, Ghaddafi vrea unificarea Africii printr-un referendum, Ionel Dancu, 4 iul 2009.

² Imagine preluată de site-ul wikipedia.

- Reuniunile Șefilor de Stat; Prima Reuniune a avut loc la 29-30 septembrie 2005 în Brazilia.

Structura suprastatală a trecut la realizarea unor obiective concrete în scopul creșterii gradului de integrare economică și socială a statelor asociate.

Uniunea Sud-Americană a Națiunilor, a început planurile de integrare prin:

- construcția unei căi de acces care va lega Brazilia de Peru, trecând prin Bolivia. Astfel Brazilia va câștiga ieșire la Oceanul Pacific, și Peru la Oceanul Atlantic. Construcția a început în septembrie 2005, fiind finanțată de Brazilia – 60 % și Peru -40%. Finalizarea proiectului se prevede la sfârșitul anului 2009;

- construcția Inelului Energetic Sud-American, condusă prin care Argentina, Brazilia, Chile, Paraguay și Uruguay vor primi gaz natural peruan. Propunerea a fost ratificată și începutul construcției a avut loc în 2006;

- Gazoductul Binațional, un proiect care vizează integrarea energetică între Columbia și Venezuela. Construcția a demarat la mijlocul anului 2006. Beneficiarul proiectului va fi compania petrolieră de stat venezueleană PDVSA. Costul proiectului este de peste 300.000.000 \$.

De asemenea statele sudamericane formează integral, în premieră, o alianță militară. Noul organism al Uniunii Națiunilor Sud-Americane-Consiliul de Apărare este conceput ca un mecanism de integrare, dialog și cooperare în materie de apărare al celor 12 țări ale Uniunii.

Președintele Braziliei, Luiz Inacio Lula da Silva, a impulsionează proiectul privind crearea acestui organism militar după conflictul dintre Columbia și Ecuador.

Responsabilii politici ai forțelor armate din Cono Sur se vor întruni periodic. Sunt prevăzute două reuniuni anuale ale ministrilor adjuncți ai apărării și o reuniune anuală a ministrilor.

Printre obiectivele noului organism militar se numără:

- întărirea cooperării militare;
- coordonarea misiunilor umanitare și a operațiunilor de pace;
- crearea unui institut de apărare în America de Sud;
- elaborarea unei metode de cuantificare a cheltuielilor militare comune.

Urmând modelul Euro nouă monedă comună începe să fie concepută pentru țările ce vor forma viitoarea Uniune a Națiunilor Sud Americane.

Președintele brazilian Luiz Inacio Lula da Silva a relevat recent faptul că țările din America de Sud planifică o monedă comună ca parte a integrării a țările individuale în Uniunea Națiunilor Sud Americane. Important în formarea uniunii este crearea unei bănci centrale care să supravegheze noua monedă comună care să înlocuiască monedele țărilor din Uniune.

Planul Uniunii implică, de asemenea, un consiliu de apărare regională. Acest consiliu ar rezolva conflictele regionale, promovarea cooperării militare și permite producția de arme într-o coordonare regională¹.

Uniunea Slava (Uniunea Statală Rusia-Belarus). Este o formă de asociere interstatală formată prin două tratate: Tratatul Uniunii Bielorusiei și Rusiei (semnat la Minsk pe 2 aprilie 1997) și Tratatul Uniunii Slave (semnat la Moscova pe 8 decembrie 1999).

¹ <http://www.infocon.ro/>.

Uniunea Statală Rusia-Belarus, nu este membră a Organizației Națiunilor Unite iar statele ce o compun își conservă în principiu suveranitatea.

Și Serbia face parte din această structură (din 1999) iar participarea sa a fost confirmată în 2003 și în 2006. Mai fac parte din Uniune, două state nerecunoscute pe plan internațional de marea majoritate a țărilor: Osetia de Sud și Abhazia¹. Ambele au aderat în perioada 2008-2009. Între candidații la aderare se numără Transnistria (un stat de asemenea nerecunoscut)², Kazakhstan (din 2010), Kyrgyzstan, Moldova³.

Uniunea Slava



Consiliul de Cooperare al Statelor Arabe din Golf este o organizație internațională care a înființat o comunitate comercială formată din 6 state arabe: Bahrain, Kuwait, Oman, Qatar, Arabia Saudita și Emiratele Arabe Unite. Comunitatea de state permite cu greu accesul noilor veniți. Totuși Yemenul este așteptat să se alature comunității arabe în anul 2016⁴.



Asociația pentru Cooperare Regională în Asia de Sud este o organizație politică și economică care cuprinde din 1995 - 7 state asiatice: India, Pakistan, Bangladesh, Sri Lanka, Nepal, Maldive și Bhutan. Din aprilie 2007, la al 14-lea summit al asociației Afghanistanul a devenit al 8-lea membru.

¹ Russian Wikipedia

² http://ro.wikipedia.org/wiki/Uniunea_Statal

³ Portal of the Union State

⁴ Imagine preluată de site-ul wikipedia.

Coeziunea organizatiei si rolul acesteia in Asia, sunt puse la indoiala de rivalitatea militara dintre India si Pakistan. Aceasta atrage si imposibilitatea constituirii unei uniuni sudasiatice in acest spatiu in ciuda visului Indiei Mari. Totusi acordul de comert intrat in vigoare la 1 ianuarie 2006¹.



Acociația națiunilor din sud-estul Asiei este o organizație geopolitică și economică a zece țări din Asia de sud-est, constituită la 8 august 1967 de Indonezia, Malaysia, Filipine, Singapore și Thailanda.

Organizația sprijină creșterea economică a țărilor membre și dezvoltarea acestora în plan social.

Comunitatea Economică ASEAN. - Programată să fie înființată în 2020, această uniune economică ar trebui să semene cu Uniunea Europeană, în sensul că va include cele trei libertăți de circulație fundamentale, pentru bunuri și servicii, persoane și capital, însă nu se are în vedere o monedă comună.

Piața comună ar urma să aibă peste 530 de milioane de persoane și ar cuprinde zece state: Malaiezia, Indonezia, Singapore, Brunei, Thailanda, Filipine, Vietnam, Laos, Myanmar (Birmania) și Cambodgia.

Comunitatea Economică ASEAN



¹Imagine preluata de site-ul wikipedia

Primele sase state sunt membrii mai vechi ai organizatiei, cu economii mult mai dezvoltate, care si doresc accelerarea formarii comunitatii economice.

Malaezia, a lansat deja un apel catre partenerii sai de a grabi planurile de unificare, mai ales pentru a evita pierderile de teren in fata competitorilor China si India. Desi tarifele la majoritatea produselor au fost reduce conform acordului de liber schimb dintre cele zece tari, totusi apar intarzieri din cauza dificultatilor de implementare a unor masuri si a procedurilor birocratice greoaie.

In concluzie. Din cele 195 de state care există pe glob, cel putin 125 ar putea fi incluse în una sau alta din aceste 8 potentiale uniuni continentale.

Constituirea acestor uniuni se fundamenteaza pe comunitatea de valori si interese istorice, culturale, economice si politice.

Trebuie remarcat ca M. Gomberg priveste aceste uniuni continentale ca si asocieri politice de state, in general federatii, organizate dupa modelul american.

Pama in prezent insa, uniunile continentale imbraca doar forma unor organizatii regionale integrative. Este adevarat, in Africa, Europa, Rusia, India si America de Sud exista interes politic in scopul constituirii in viitor a unor uniuni politice de state.

In opinia noastra Maurice Gomberg nu poate fi privit decat ca un om vizionar, preocupat de asigurarea evolutiei pasnice a civilizatiei umane intr-un cadru economic si cultural comun realizat prin unitate politica la nivel regional (continental).

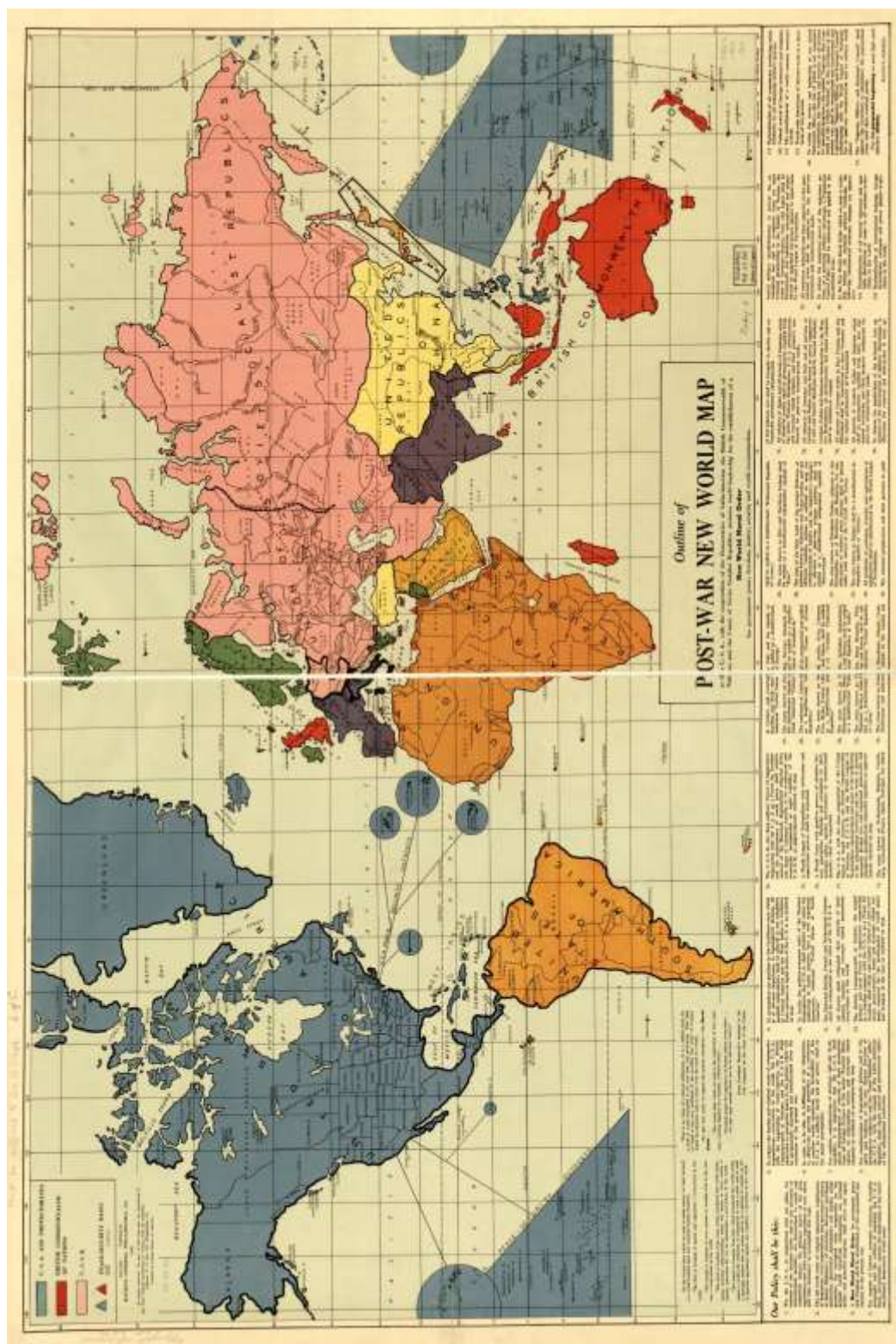
Prezentarea proiectului dl-ui Gomberg drept o dovada a teoriei conspiratiei, a materializarii in perioada prezenta si viitoare a unui plan antebelic de natura oculta nu se justifica. Chiar daca am accepta ca uniunile continentale contemporane s-ar transforma in viitor in federatii ori confederatii de state, grantele acestora nu se potrivesc in destul de mare masura cu frontierele prezentate in harta (deosebiri in Europa, Rusia, America Centrala).

Cat de anticipativ a fost in planul sau Maurice Gomberg, ramane sa vedem in urmatoarele decenii.

O harta a uniunilor continentale actuale si a celor proiectate pentru urmatorul deceniu
Harta noii lumi postbelice propusa in perioada 1941-1942¹



¹ Reproducere-Copia I a hartii, Sectia Harti, Libraria Congresului, S.U.A.



INSTITUȚII EUROPENE DE COOPERARE PRIVIND PREVENIREA ȘI COMBATERICA TRAFICULUI DE PERSOANE

Prof. univ. dr. ȘTEFAN PRUNĂ

Asist. univ. drd. CRISTIAN-EDUARD ȘTEFAN
ACADEMIA DE POLIȚIE „A.I. CUZA”

Human trafficking is an essential component of organized crime, being assimilated to the phenomenon of modern slavery. The authors emphasize the role and importance of the main European institutions involved in the prevention and combating trafficking.

Numeroși autori¹ își încep discursurile referitoare la traficul de persoane, afirmând faptul că fenomenul globalizării constituie cadrul în care s-a dezvoltat traficul de persoane în ultimii 30 de ani.

Exploatănd conjuncturile favorabile, rețelele de crimă organizată s-au implicat în activități ilegale de trafic de persoane. Dacă în anii '80 sau '90 mafia a desfășurat cu preponderență activități ilegale de trafic de droguri, anii 2000 aparțin traficului de persoane, în mod special în scopul exploatării sexuale. În acest sens, în martie 2000, Pino Arlacchi, cercetător al fenomenului crimei organizate și director al Biroului ONU privind Drogurile și Criminalitatea (UNODC), și-a manifestat îngrijorarea în legătură cu turnura pe care a luat-o traficul de persoane la nivel mondial, organizațiile criminale fiind mult mai atrase de această formă de trafic decât de traficul de droguri². Problematika privind traficul de persoane, în special traficul de femei și copii, se află în atenția UE care militează pentru prevenirea și combaterea fenomenului, aflat în ultimul timp într-o creștere semnificativă, cu multiple implicații economice, sociale și morale. În contextul internațional al preocupării pentru combaterea fenomenului de trafic de persoane, UE a lansat un program comun anti-trafic, concretizat în diverse acte normative, declarații, convenții și recomandări ale instituțiilor europene³. O caracteristică importantă a fenomenului traficului de persoane o constituie participarea unor făptuitori din mai multe țări, constituiți de multe ori în rețele organizate transnaționale specializate în traficul de persoane. În aceste condiții, o reacție rapidă și eficientă a autorităților naționale nu este posibilă decât în cadrul unui efort conjugat al tuturor statelor afectate și al organizațiilor interguvernamentale regionale și internaționale⁴.

Adoptarea de măsuri de cooperare și coordonare este direcționată către intensificarea schimbului de informații între toate organismele guvernamentale și internaționale, implicate în activitatea de prevenire și luptă împotriva traficului de persoane, pentru a actualiza un răspuns mai bine coordonat fenomenului. În prezent, la nivel european,

¹ **Kevin Bales** – Understanding global slavery: a reader, University of California Press, 2005, pag.15; **De Dios, Aurora Javate** – Macro-Economic Policies and their Impact on Sexual Exploitation and Trafficking of Women and Girls: Issues, Responses and Challenges, 1999

² <http://www.transnationale.org>

³ <http://www.cdep.ro/proiecte/2005/300/00/9/em309.pdf>

⁴ **Florin Grigore, Cristian-Eduard Ștefan** – Cooperarea internațională privind prevenirea și combaterea traficului de persoane, Revista de Investigare a Criminalității nr.2/2008, Editura Sitech, Craiova, 2008, pag.219

principalele instituții implicate în activitatea de prevenire și combatere a traficului de persoane sunt următoarele: Organizația pentru Securitate și Cooperare în Europa (OSCE), Oficiul European de Poliție (Europol), Grupul de experți privind traficul de persoane și Centrul Regional SECI.

Organizația pentru Securitate și Cooperare în Europa (OSCE) a apărut în anii '70, inițial sub numele de Conferința pentru Securitate și Cooperare în Europa (CSCE). Prioritățile OSCE sunt următoarele¹:

- ✓ consolidarea valorilor comune și asistarea statelor membre în edificarea unor societăți democratice, civile, bazate pe statul de drept;
- ✓ prevenirea conflictelor locale, restaurarea stabilității și păcii în zone de tensiune;
- ✓ eliminarea unor deficite reale și perceptibile de securitate și evitarea creării de noi diviziuni politice, economice sau sociale, obiectiv ce se realizează prin promovarea unui sistem de securitate prin cooperare.

În anul 2003, Consiliul interministerial al OSCE a aprobat *Planul de acțiune al OSCE pentru lupta împotriva traficului de persoane*². Organizația dispune de o capacitate instituțională bine dezvoltată, oferind asistență statelor participante pentru punerea în aplicare a angajamentelor luate de acestea în lupta împotriva traficului de persoane. Planul de acțiune stabilește o legătură directă între angajamentele politice ale statelor participante și recomandările la nivel național în următoarele domenii: prevenirea traficului de persoane, protecție și asistență, anchete, aplicarea legii și urmărirea penală³.

Biroul Reprezentantului special și coordonator al luptei împotriva traficului de persoane din cadrul OSCE are ca *domenii prioritare de acțiune* următoarele⁴:

- ✓ operaționalizarea structurilor naționale de luptă împotriva traficului;
- ✓ promovarea de politici și programe în domeniu⁵;
- ✓ stabilirea priorităților în acțiunea desfășurată împotriva traficului de copii;
- ✓ lupta împotriva tuturor formelor de trafic de ființe umane;
- ✓ promovarea unei asistențe eficiente și a accesului la justiție pentru victimele traficului.

O decizie ministerială a OSCE din anul 2006 a subliniat necesitatea asigurării standardelor minime în legislația muncii pentru reducerea riscului de trafic. Eva Biandett, reprezentant OSCE pentru combaterea traficului de persoane, a subliniat faptul că la acest moment există un cadru favorabil de acțiune, fiind necesară implementarea de investigații și urmăririi penale la nivel național și că guvernele sunt cele care trebuie să se implice activ în protejarea lucrătorilor în agricultură. OSCE a organizat în perioada 18-19 octombrie 2007, Conferința având ca temă combaterea exploatarei sexuale a copiilor. Cu această ocazie, a fost analizat modul în care statele implementează directivele OSCE, precum și alte standarde internaționale în prevenirea și combaterea exploatarei sexuale a copiilor și asigurarea protecției sociale și asistența pentru victime. În căutarea modalităților de a

¹ http://www.mae.ro/poze_editare/OSCE_prezentare.html

² Conform unor statistici ale OSCE, „doar din Europa Centrală și din noile state independente au fost traficați aproximativ 175.000 de femei și copii în special către alte state OSCE“.

³ http://www.osce.org/publications/cthb/2007/10/27431_971_fr.pdf

⁴ www.osce.org/cthb

⁵ Reprezentantul special și coordonator al luptei împotriva traficului de persoane din cadrul OSCE a lansat mai multe inițiative destinate să promoveze soluții regionale la problema traficului de ființe umane.

îmbunătăți implementarea prevederilor internaționale ratificate și legislației la nivel național și local, s-au abordat următoarele subiecte: înțelegerea și abordarea vulnerabilității la exploatare sexuală a copiilor, implementarea legislației referitoare la protecția socială, precum și bune practici de prevenire a fenomenului. Din partea României au participat reprezentanți ai Autorității Naționale pentru Protecția Drepturilor Copilului (ANPDC) și ai Agenției Naționale împotriva Traficului de Persoane (ANITP), precum și membri ai ONG-urilor cu activitate în domeniu. În perioada 29 septembrie-10 octombrie 2008, OSCE a organizat la Varșovia conferința internațională cu titlul “Human Dimension Implementation Meeting”, cu participarea reprezentanților statelor membre ale OSCE. Tema globală a conferinței a constituit-o drepturile omului și a avut drept scop revizuirea implementării angajamentelor statelor membre OSCE în domeniul drepturilor omului și identificarea modalităților de intensificare a acestor angajamente. În calendarul acestei conferințe, 8 octombrie a fost ziua consacrată traficului de persoane. Pe parcursul acestor zile, subiectele de discuție au fost: sisteme naționale de identificare și referire a victimelor; accesul la justiție și compensații civile a victimelor la nivelul statelor participante. În data de 9 octombrie a fost organizat un “side event” dedicat ONG-urilor care lucrează în domeniul prevenirii și combaterii traficului de persoane. Pe lângă schimbul de experiență, acest eveniment a abordat problema traficului de persoane din perspectiva tendințelor la nivelul organizațiilor internaționale și a donatorilor. Tema discuției a pornit de la ideea că la nivelul majorității organizațiilor internaționale și a donatorilor se remarcă o anumită sașietate în ceea ce privește subiectul traficului de persoane, motiv pentru care întrebarea ce a deschis dezbaterile a fost: *“Where do we go from here? (Ce facem mai departe?)”*. Deși nu s-a formulat nici o concluzie, discuțiile s-au îndreptat în direcția includerii problemei traficului de persoane într-un cadru mai global, al fenomenului migraționist în general¹. La data de 27 aprilie 2009, a avut loc la Viena *seminarul OSCE pe problematica traficului de persoane prin muncă în agricultură*. Seminarul a reunit peste 100 de oficiali cu atribuții în domeniul migrației pentru muncă, ce au discutat experiențele întâlnite în regiunea OSCE. Eva Biantett, reprezentant OSCE pentru combaterea traficului de persoane, a atras atenția asupra nevoii de acțiune pe plan național pentru combaterea traficului de persoane în scopul exploatării prin muncă în agricultură. „În multe țări, a afirmat aceasta, cererea de forță de muncă sezonieră în agricultură este acoperită de străini, însă canalele de migrație legală sunt limitate”².

Oficiul European de Poliție (Europol)

Începuturile colaborării europene se pot distinge cu mai mult de 20 de ani în urmă, când statele membre și-au unificat forțele în vederea combaterii unor fenomene infracționale care le depășeau frontierele, în domenii precum combaterea traficului ilicit de droguri, a terorismului și a migrației ilegale³. Ideea unui Oficiu European de Poliție a fost lansată pentru prima oară cu ocazia Consiliului European de la Luxemburg, din 28-29 iunie 1991. Planul de atunci avea în vedere înființarea unui nou organism care să ofere cadrul necesar pentru dezvoltarea colaborării organelor de poliție din Statele Membre ale UE pentru prevenirea și combaterea pe plan internațional a crimei organizate, inclusiv a

¹ http://www.antitrafic.ro/sections/hjfkjfg/Buletin%20Antitrafic%20nr.%2040%20/?t_id=0p18p32

² http://www.antitrafic.ro/sections/hjfkjfg/Buletin_46/?t_id=0p18p38

³ **Cristian-Eduard Ștefan, Ligia-Teodora Pintilie** – Cooperarea internațională judiciară și polițienească, Editura Sitech, Craiova, 2007, pag.117

terorismului și a traficului de droguri¹. Oficiul European de Poliție (Europol) este organizația care se ocupă de aplicarea legii în cadrul UE și care operează cu informațiile referitoare la criminalitate. Obiectivul său este acela de a îmbunătăți eficacitatea și cooperarea autorităților competente din statele membre, în ceea ce privește prevenirea și combaterea formelor grave de crimă internațională organizată și de terorism. Europol are misiunea de a-și aduce o contribuție semnificativă la acțiunea UE de aplicare a legii împotriva crimei organizate și a terorismului, concentrându-și atenția asupra organizațiilor criminale². Așa cum menționează Max-Peter Ratzel, Directorul Europol, organizația cooperează strâns cu Statele Membre ale UE, cu statele candidate, precum și cu alte organisme de aplicare a legii implicate activ în lupta împotriva crimei organizate, cu respectarea totală a legii și a drepturilor omului³. Înființarea organizației Europol a fost convenită prin Tratatul de la Maastricht privind Uniunea Europeană, din 7 februarie 1992. Având sediul la Haga, în Olanda, Europol a început să-și desfășoare activitatea la data de 3 ianuarie 1994, sub denumirea de Unitatea Droguri Europol (EDU), acțiunile sale fiind limitate inițial la lupta împotriva drogurilor. În mod treptat, s-au adăugat și alte domenii importante de criminalitate. Convenția Europol a fost ratificată de toate statele membre, intrând în vigoare la 1 octombrie 1998. În urma adoptării mai multor hotărâri cu caracter juridic, Europol a început să-și desfășoare toate activitățile din data de 1 iulie 1999. Potrivit prevederilor articolului 2 din Convenția privind înființarea Oficiului European de Poliție, Europol intervine doar în situațiile în care, în cauzele aflate în lucru, există dovezi clare cu privire la implicarea unei structuri de crimă organizată ori două sau mai multe state sunt afectate de acea formă de criminalitate, în asemenea măsură încât să fie necesară adoptarea unei atitudini comune pentru a reuși stăpânirea fenomenului și combaterea infracționalității. Această necesitate de cooperare va fi dată de gravitatea actelor infracționale, de dimensiunile acestora, precum și de urmările negative asupra desfășurării normale a activităților legale în UE. Potrivit Convenției Europol, fiecare Stat Membru al UE gestionează o Unitate Națională Europol și trimite, la sediul de la Haga al Organizației, cel puțin un ofițer de legătură, pentru menținerea contactului.

Sistemul informațional Europol cuprinde informații necesare îndeplinirii sarcinilor sale, acestea putând fi stocate, analizate, valorificate și șterse în funcție de necesități. Datele stocate se referă la două categorii de persoane⁴: persoane care, în conformitate cu legislația națională a statelor implicate, sunt suspectate de a fi comis sau de a fi participat la comiterea unor infracțiuni ce intră în competența Europol sau au fost condamnate pentru comiterea acestora și persoane susceptibile de a comite infracțiuni ce intră în competența Europol, existând motive temeinice în susținerea acestei bănuieli. În afara informațiilor susmenționate, referitoare la persoane, sistemul informațional mai conține și date referitoare la anumite infracțiuni: data și locul comiterii acestora; metode și mijloace infracționale utilizate sau care pot fi utilizate la comiterea unor infracțiuni; unitățile care s-au ocupat de caz precum și alte informații care pot fi obținute prin analiza dosarelor respective; apartenența autorilor la anumite grupări criminale; condamnări pentru infracțiuni din aria de competență a Europol.

¹ <http://www.uniuneaeuropeana.ro/europol.htm>

² <http://www.europol.europa.eu>

³ **Ion Suceavă** – Interpol la început de mileniu, Editura Meronia, București, 2007, pag.568

⁴ Art.8, pct.1 din Convenția Europol

Trebuie menționat faptul că Europol nu are puteri executive, ci oferă sprijin calificat prin¹:

- facilitarea schimbului de informații, potrivit legii naționale, dintre ofițerii de legătură ai Europol²;
- oferirea de analize operative în vederea sprijinirii operațiunilor;
- elaborarea de rapoarte strategice (de exemplu, evaluarea amenințării) și analiza activităților criminale pe baza informațiilor și a datelor oferite de statele membre și de terți;
- oferirea de expertiză și sprijin tehnic pentru anchetele și operațiunile realizate în cadrul UE, sub supravegherea și cu răspunderea legală a statelor membre interesate.

Având în vedere Programul Haga și în special secțiunea 2.3, prin care Europol a fost chemat să înlocuiască, începând cu data de 01.01.2006, Raportul său privind situația criminalității cu o Evaluare a Amenințărilor legată de formele grave ale crimei organizate, precum și planul de acțiune pentru implementarea Programului Haga, aprobat de Consiliul JAI (Justiție și Afaceri Interne) la data de 03.06.2005, s-a hotărât ca începând cu anul 2006 Europol să realizeze Evaluarea Amenințărilor privind Criminalitatea Organizată (Organised Crime Threats Assessment – OCTA). Acest demers are ambiția de a sprijini adoptarea de către Europol a unui model de informații comun³. Europol întocmește OCTA procesând informațiile primite de la statele membre, instituțiile și organismele UE, de la statele terțe și instituțiile cu care are încheiate acorduri de cooperare, cele din dosarele de analiză deținute de Europol și orice alte informații disponibile care pot conduce la identificarea amenințărilor relevante în materie de criminalitate organizată în statele membre⁴. Concluziile OCTA sunt dezbătute cu șefii Unităților Naționale Europol, Consiliul de Conducere Europol și în cadrul Grupurilor de lucru ale Consiliului, în vederea emiterii unor recomandări și comentarii ce vor fi folosite ulterior pentru facilitarea identificării măsurilor de răspuns pentru combaterea criminalității organizate în UE⁵. În componența Europol există șapte Unități de Crimă Organizată sau SC (Serious Crime), în domeniul traficului de persoane desfășurându-și activitatea SC3 – Trafic de persoane și migrație ilegală.

Trebuie amintit faptul că rolul pe care Europol trebuie să-l joace în coordonarea colectării și diseminării datelor și a informațiilor operative depinde în mod hotărâtor de informațiile primite de la Statele Membre ale UE. La data de 1 august 2007, România a devenit membru cu drepturi depline al Europol, fapt ce a condus la intensificarea schimbului de informații între cele două instituții. *România participă cu schimb de informații în 2 dosare de analiză pe trafic de persoane – River și Phoenix⁶.*

¹ <http://www.europol.europa.eu>

² Ofițerii de legătură sunt detașați pe lângă Europol de către statele membre ca reprezentanți ai agențiilor naționale ce se ocupă de aplicarea legii din aceste state.

³ **Mihai Stoica** – Strategia de evaluare a amenințărilor privind crima organizată (OCTA) prin intermediul Europol, Buletinul de Informare și Documentare al MIRA-Secretariatul General nr.3/2006, pag.261

⁴ Raportul OCTA este un produs al conceptului de conducere a activității polițienești pe baza analizei informațiilor (*intelligence led policing*). Noutatea o reprezintă modalitatea de abordare a fenomenului de criminalitate organizată, într-o manieră proactivă, orientată asupra evoluțiilor viitoare ale fenomenului, și nu una descriptivă, ce reflectă situația actuală a fenomenului.

⁵ **Mihai Stoica** – op.cit., pag.261

⁶ Raport de evaluare privind stadiul îndeplinirii obiectivelor Planului național de acțiune 2006-

Grupul de experți privind traficul de persoane

În vederea amplificării luptei împotriva traficului de persoane la nivel european și în conformitate cu Declarația de la Bruxelles¹ din anul 2002, care a exprimat necesitatea înființării de către Comisia Europeană a unui grup de experți privind traficul de persoane, prin Decizia 2003/209/CE a Comisiei a fost înființat *Grupul de experți privind traficul de persoane*². Grupul de experți privind traficul de persoane a fost mandatat să contribuie la dezvoltarea în continuare a prevenirii și a luptei împotriva traficului de persoane, să permită Comisiei colectarea de opinii în vederea inițiativelor acesteia referitoare la traficul de persoane și să pregătească un raport având la bază recomandările prevăzute în Declarația de la Bruxelles. În decembrie 2004, grupul de experți a prezentat raportul în cauză însoțit de o serie de recomandări în vederea lansării de noi propuneri concrete la nivel european.

Ținând seama de activitatea pertinentă a Grupului de experți privind traficul de persoane începând din anul 2003, care a permis Comisiei să își amplifice și mai mult politica în domeniu, și având în vedere importanța din ce în ce mai mare la nivel global a domeniului traficului de persoane, la data de 17 octombrie 2007 a fost adoptată Decizia Comisiei Comunităților Europene nr.2007/675/CE de înființare a Grupului de experți privind traficul de persoane. Conform acestei Decizii, Grupul de experți este compus din 21 de membri³ reprezentând în mod echilibrat organismele publice ale statelor membre ale UE, organizațiile cu scop nelucrativ din UE și Europol⁴.

Atribuțiile Grupului de experți sunt următoarele⁵:

- ✓ stabilește o bună cooperare între statele membre, alte părți și Comisie cu privire la gama de probleme legate de traficul de persoane;
- ✓ ajută Comisia prin emiterea de avize privind traficul de persoane și prin asigurarea unei abordări coerente a acestui subiect;
- ✓ sprijină evaluarea de către Comisie a evoluției politicilor din domeniul luptei împotriva traficului de persoane la nivel național, european și internațional;
- ✓ asistă Comisia în identificarea și definirea posibilelor măsuri și acțiuni relevante la nivel european și național în cadrul gamei de politici de combatere a traficului de persoane;

2007 pentru implementarea Strategiei Naționale împotriva Traficului de Persoane 2006-2010, Agenția Națională împotriva Traficului de Persoane, București, 2008, pag.68

¹ Declarația de la Bruxelles a fost adoptată cu prilejul Conferinței europene privind prevenirea și combaterea traficului de persoane – provocare mondială pentru secolul XXI, din 18-20 septembrie 2002.

² **Conny Rijken** – *Trafficking in persons: prosecution from a European perspective*, Cambridge University Press, 2003, pag.68

³ Prin Decizia Comisiei nr.2008/604/CE din 22 iulie 2008 cu privire la numirea membrilor Grupului de experți privind traficul de persoane, s-a recomandat ca grupul de experți să includă patru membri suplimentari din cadrul organizațiilor interguvernamentale, internaționale și non-guvernamentale active la nivel european, pentru a compensa lipsa candidaturilor din partea partenerilor sociali și al asociațiilor patronale care își desfășoară activitatea la nivel european, astfel încât să se asigure o reprezentare tematică și geografică echilibrată și să se completeze totalul de 21 de membri, astfel cum s-a prevăzut inițial.

⁴ Invitația de depunere a candidaturilor pentru statutul de membru se publică în Jurnalul Oficial și pe website-ul public al Direcției Generale Justiție, Libertate și Securitate.

⁵ Art.2, pct.2 din Decizia Comisiei Comunităților Europene nr.2007/675/CE de înființare a Grupului de experți privind traficul de persoane.

✓ prezintă Comisiei avize sau rapoarte, la cererea acestora din urmă sau din proprie inițiativă, acordând atenția cuvenită procesului de punere în aplicare și dezvoltare ulterioară la nivelul UE a Planului UE privind bunele practici, normele și procedurile pentru combaterea și prevenirea traficului de persoane și a formelor de exploatare conexe.

Membrii grupului de experți sunt numiți din rândul specialiștilor cu expertiză și experiență în lupta împotriva traficului de persoane, inclusiv în dimensiunea muncii în cadrul traficului de persoane, selectați din cadrul administrațiilor statelor membre (până la 11 membri), organizațiilor interguvernamentale, internaționale și neguvernamentale active la nivel european și care fac dovada bine documentată a expertizei și a experienței în domeniul luptei împotriva traficului de persoane (până la 9 membri), partenerilor sociali și al asociațiilor angajatorilor care desfășoară activitate la nivel european (până la 4 membri), Europol (1 membru) și persoanelor fizice cu experiență dobândită în cercetare la nivel academic în cadrul universităților și al instituțiilor de stat sau private din statele membre (până la 2 membri).

Membrii grupului rămân în funcție până la eventuala lor înlocuire sau până la expirarea mandatului acestora. Membrii care nu mai sunt capabili să contribuie efectiv la deliberările grupului, cei care demisionează sau care nu îndeplinesc condițiile prevăzute de Decizia Comisiei nr.2007/65/CE pot fi înlocuiți pe perioada rămasă până la expirarea mandatului lor. Membrii grupului de experți sunt numiți cu titlu personal pentru o perioadă de 3 ani, cu posibilitate de prelungire. Numele membrilor numiți se publică în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene.

În vederea funcționării Grupului, sunt aleși prin vot cu majoritate simplă un președinte și doi vicepreședinți din rândul membrilor săi. De comun acord cu Comisia, se pot înființa subgrupuri în cadrul grupului în vederea examinării de probleme specifice în conformitate cu mandatul prevăzut de către grup. Subgrupurile cuprind maximum 9 membri și sunt dizolvate imediat după îndeplinirea mandatelor acestora¹.

Centrul Regional SECI

Criminalitatea transfrontalieră în Sud-Estul Europei a evoluat semnificativ, reușind să depășească granițele naționale ale statelor din regiune, iar lupta împotriva acestui fenomen numai la nivel național își dovedește limitele, fapt pentru care cooperarea internațională la nivelul agențiilor de aplicare a legii devine un element esențial². Fiind conștientă de aceste pericole și de necesitatea intensificării cooperării regionale, România a propus în anul 1998, cu ocazia unei reuniuni a Comitetului de Agendă al Inițiativei de Cooperare în Sud-Estul Europei (Southeast European Cooperative Initiative – SECI), încheierea unui acord multinațional pentru combaterea infracționalității transfrontaliere. Propunerea a fost acceptată de toate statele, fiind susținută de SUA, UE și organizațiile internaționale de profil OIPC-Interpol și Organizația Mondială a Vămirilor (OMV). România a ratificat Acordul SECI prin Legea nr.208/1999, iar Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.201/2000 a creat cadrul instituțional necesar în scopul funcționării Centrului Regional pentru Combaterea Criminalității Transfrontaliere (SECI)³. Prin Acordul SECI s-a creat cadrul juridic necesar cooperării între statele membre prin acordarea de asistență reciprocă în

¹ <http://eur-lex.europa.eu/ro/legis/20090801/chap19.htm>

² **Mihai-Gheorghe Stoica, Constantin-Cristian Cătuți** – Cooperarea polițienească internațională în România, Editura Paper Print Invest, București, 2006, pag.48

³ **Eugen Corciu, Aurel Băloi** – Instituții de cooperare polițienească, Editura Ministerului Administrației și Internelor, București, 2006, pag.72

desfășurarea investigațiilor penale sau vamale transfrontaliere¹. Centrul SECI reprezintă o instituție internațională de referință pentru sprijinul statelor din regiune în procesul lor de aderare și de integrare europeană în domeniul justiției și afacerilor interne. Astfel, fără a aduce atingere angajamentelor statelor candidate la UE, Acordul SECI constituie un mod de activitate în comun pentru cooperarea inter-agenții (poliție-vamă), cu respectarea convențiilor și a acordurilor internaționale relevante². Statele membre ale Centrului SECI sunt următoarele: Albania, Bosnia și Herțegovina, Bulgaria, Croația, Grecia, Macedonia, Republica Moldova, România, Serbia, Slovenia, Turcia și Ungaria. De asemenea, prin participarea mai multor State Membre ale UE la activitățile Centrului SECI, se realizează un permanent schimb de experiență, fiind preluate astfel unele proceduri specifice acestora.

Acordul SECI are drept scop întărirea capacității de acțiune împotriva infracționalității transfrontaliere din Europa de Sud-Est, în conformitate cu standardele europene și cu alte reglementări internaționale relevante, urmărindu-se în principal următoarele³:

- ✓ eliminarea obstacolelor care stau în fața unei cooperări internaționale eficiente;
- ✓ intensificarea cooperării la nivel operațional în domeniul polițienesc și vamal, prin crearea unui cadru adecvat schimbului de date și informații, ținând seama de regulile de confidențialitate și de protecție a datelor personale;
- ✓ asistență tehnică între state, schimb de experiență, pregătirea în comun a specialiștilor;
- ✓ intensificarea cooperării dintre state prin înființarea unor grupuri comune de lucru (task-force) cu caracter operativ, menite să anihileze principalele rețele de traficanți de persoane;
- ✓ stabilirea unor legături operative directe între agențiile de aplicare a legii din statele participante la Centrul SECI, cu concursul OMV și al OIPC-Interpol pentru transmiterea operativă a datelor și a informațiilor;
- ✓ armonizarea legislativă;
- ✓ evaluarea permanentă a situației infracționalității din zonă, a riscurilor și a posibilităților de facilitare a crimei organizate transfrontaliere, a celor mai bune practici, metode și tehnologii folosite pentru reprimarea infracționalității transfrontaliere.

Centrul SECI este o structură de cooperare cu participare internațională, cu statut de misiune diplomatică pe teritoriul României. Directorul Centrului are rang de ambasador extraordinar și plenipotențiar, iar membrii instituției au statut diplomatic. Organismul executiv principal al Centrului SECI este Comitetul Comun de Cooperare, reunind reprezentanți ai statelor membre din cadrul administrației vamale și poliției. La reuniunile bianuale ale Comitetului Comun de Cooperare participă OMV și OIPC-Interpol (cu statut de consilieri permanenți) și observatori permanenți (state și organizații internaționale care nu sunt semnatare ale Acordului SECI, dar doresc să coopereze cu Centrul SECI în combaterea infracționalității transfrontaliere)⁴. La Centrul SECI își desfășoară activitatea ofițeri de legătură⁵, desemnați de fiecare stat semnatar al Acordului SECI, trimiși de

¹ Apreciindu-se contribuția și inițiativa României, prin Acordul SECI s-a stabilit că țara noastră va găzdui la București sediul instituției de aplicare a acestuia, respectiv Centrul SECI.

² Cristian-Eduard Ștefan, Ligia-Teodora Pintilie – op.cit., pag.131

³ **Cristian-Eduard Ștefan, Ligia-Teodora Pintilie** – Cooperarea internațională judiciară și polițienească, Editura Sitech, Craiova, 2007, pag.131

⁴ http://igpr.ro/serviciul_afaceri_europene.htm

⁵ Ministrul administrației și internelor și ministrul finanțelor numesc câte un ofițer de legătură

principalele instituții naționale cu atribuții de combatere a infracționalității transfrontaliere (poliție și vamă). În cadrul Centrului SECI funcționează șapte grupuri de lucru specializate pentru combaterea infracționalității, *grupul constituit în scopul combaterii traficului de persoane fiind coordonat de către România*. Acest grup cooperează în mod activ cu instituții din SUA, precum FBI, Departamentul Securității Naționale, dar și cu organizații și instituții internaționale: Organizația Internațională pentru Migrație, Centrul Internațional pentru Dezvoltarea Politicilor în Domeniul Migrației, Organizația pentru Securitate și Cooperare în Europa, Interpol sau Europol. Grupul de Lucru se concentrează pe eforturile regionale ce au ca scop identificarea grupurilor criminale care se ocupă cu traficul de persoane, conducând investigații comune împotriva acestora și identificând persoanele traficate, totodată luând măsurile necesare în vederea repatrierii victimelor. De-a lungul timpului, activitatea Grupului de Lucru a fost încununată de succes, extinzându-și constant rețeaua de cooperare. În scopul implementării Operațiunii Mirage, între anii 2002-2004 au fost întocmite Planurile de Acțiune Regională. Pe parcursul acestor operațiuni, preconizate a fi cele mai de amploare din sud-estul Europei, forțele de poliție au acționat unitar, executând razii și controale în localurile publice (baruri, hoteluri, discoteci) din toate țările participante¹. În perioada 2005-2008, Centrul SECI a continuat cu succes să influențeze domeniul de cooperare al poliției din Sud-Estul Europei și a susținut eforturile naționale de combatere a traficului de persoane și a contrabandei de migranți². Cu acordul participanților de la cea de-a unsprezecea întrunire a Grupului de Lucru, care a avut loc la Poiana Brașov, în 20-24 septembrie 2004, un nou concept de acțiune în domeniul traficului de persoane a fost implementat în anul 2005 pentru a îmbunătăți eforturile regionale anti-traffic. Noul model de acțiune se concentrează pe dezvoltarea cazurilor particulare coordonate prin Centrul SECI și proiectele de analiză regională. Reprezentanții naționali ai

la propunerea Inspectorului General al Poliției Române și directorului general al Autorității Naționale a Vămile. Numirea celor doi ofițeri de legătură se face pentru o perioadă de minimum doi ani, fiind notificată Secretariatului Centrului SECI prin Ministerul Afacerilor Externe din România. În desfășurarea activității lor specifice la Centrul SECI ofițerii de legătură reprezintă Guvernul României, păstrându-și atribuțiile și calitățile de polițist și expert vamal. Prin intermediul ofițerilor de legătură, în Centrul SECI se desfășoară și facilitează următoarele activități: schimbul de informații de interes operativ; menținerea unor canale eficiente de comunicare; asistența tehnică prin schimb de cunoștințe profesionale, științifice și tehnice; asistență judiciară; livrări controlate de droguri; grupuri comune de acțiune (task-force).

¹ Task-force-ul pentru combaterea traficului de ființe umane cuprinde acțiuni de destrămarea rețelelor de traficanți, după ce investigațiile polițienești au descoperit și verificat activitățile lor. Operațiuni de anvergură regională se desfășoară din anul 2002, cu numele de cod Mirage, și conduc la salvarea a sute de victime pe an. Chiar de la prima operațiune Mirage, a fost creată o celulă de criză (Operational Central Unit), cu rol de stat major în schimbul de informații dintre statele membre, activă fără întreruperi pe toată perioada de desfășurare a operațiunii. Informațiile descoperite și împărtășite în timpul respectiv au generat investigații și după încheierea operațiunii. În septembrie 2004, organizarea activității grupului de lucru privind traficul de ființe umane a fost modificată, iar numele de cod Mirage a fost preluat chiar de grup. Schimbarea a constat în trecerea de la operațiunile punctuale, desfășurare pe toată aria geografică a țărilor care compun Inițiativa de Cooperare, la activitatea continuă, care nu implică neapărat toate statele membre într-o singură acțiune și care permite prelucrarea mai rapidă a informațiilor culese și chiar schimbul de investigatori. Organizația a evoluat în sensul eficientizării structurii sale.

² http://www.secicenter.org/p222/Activity_Report_on_2005

Centrului SECI care au participat la cea de-a douăsprezecea întrunire a Grupului de Lucru Mirage, care a avut loc la București în septembrie 2005, au evaluat rezultatele noului concept operațional și au consolidat decizia de a continua lucrul la cazuri specifice și de a dezvolta cercetarea strategică. S-a decis ca rapoartele regionale asupra traficului cu persoane din Sud-Estul Europei să se întocmească la fiecare 6 luni, bazate pe rapoartele naționale ale statelor membre.

Conform *primului raport al Centrului SECI asupra traficului de persoane și contrabandei cu migranți din Sud-Estul Europei*, 735 victime au primit asistență și 165 au fost repatriate dintr-un total de 2.380 victime identificate în regiune în primele 6 luni ale anului 2005. Totodată, 1.392 persoane au fost puse sub acuzare de către autorități, din totalul de 1.772 traficanți identificați. Schimbul de informații în domeniul traficului de persoane a crescut de la 268 de cereri în 2004 la 371 de cereri în anul 2005. Tot în creștere este și numărul investigațiilor coordonate de Centrul SECI. În urma unei cereri a poliției din Serbia, Centrul SECI a susținut organizarea unei întâlniri la data de 19 mai 2005 în Breka (Bosnia și Herțegovina). Anchetatorii au efectuat schimb de informații disponibile despre un caz de trafic de persoane cu legături în ambele state. În urma acestei investigații coordonate, au fost identificate 2 victime, fiind arestați 8 traficanți în Bosnia și Herțegovina și un traficant în Serbia¹. Folosind informațiile furnizate de Poliția Română prin Centrul SECI din ianuarie 2005, Serviciul Național de Combatere a Criminalității Organizate din Bulgaria a început o investigație referitoare la un grup criminal organizat implicat în activități de trafic de persoane (recrutarea victimelor în România, transportul și exploatarea sexuală în Bulgaria). Această investigație coordonată a condus la salvarea a trei victime și la arestarea unui cetățean român și a unui bulgar în Bulgaria. În cele din urmă, cele 2 persoane au fost condamnate la 5, respectiv 3 ani închisoare. Alți trei cetățeni români au fost acuzați separat pentru trafic de persoane în România. Ca urmare a unei cereri a Poliției Ucrainiene, în anul 2005 au avut loc două întâlniri la Centrul SECI, cu participarea oficialilor ucrainieni, bulgari și greci. Operațiunea "Odessa" s-a finalizat cu anihilarea unei rețele specializată în traficul de persoane, ce acționa în Ucraina, Bulgaria și Grecia. Succesul acestor operațiuni a fost posibil deoarece procurorii au fost întotdeauna invitați să participe la investigațiile coordonate încă de la început. Centrul SECI a continuat programul special de protecție a martorilor în sprijinul procesului judiciar regional. Majoritatea victimelor au manifestat încredere față de acest program, fapt ce a condus la acceptul a 17 victime ale traficului de persoane de a depune mărturie împotriva traficanților în diferite instanțe de judecată din regiune, după cum urmează: 11 victime originare din Republica Moldova (10 în Macedonia și una în Bosnia și Herțegovina), 4 victime originare din România (una în Serbia și 3 în Macedonia), o victimă originară din Bulgaria (în Macedonia) și o victimă originară din Kosovo (în Macedonia)². Este semnificativ faptul că, pentru prima dată în istoria judiciară a Europei de sud-est, un martor a depus mărturie prin videoconferință din Republica Moldova pentru o instanță din Macedonia. Aceasta a fost posibilă datorită sprijinului acordat de FBI prin Centrul SECI. Un număr ridicat de femei tinere din Europa de Sud-Est au fost traficate în Japonia (peste 5.000 de vize au fost eliberate de Japonia în anul 2005), fiind ademenite cu promisiuni de slujbe cum ar fi dansatoare, chelnerițe, baby-sitter, etc. și apoi forțate să practice

¹ http://www.secicenter.org/p222/Activity_Report_on_2005

² http://www.secicenter.org/p222/Activity_Report_on_2005

prostituția. Acesta este și motivul pentru care o delegație guvernamentală japoneză, compusă din reprezentanți ai cabinetului primului-ministru, ministerului afacerilor externe, ministerul muncii, precum și ai ministerului justiției și poliției naționale au vizitat Centrul SECI în iulie 2005, pentru a solicita sprijin în lupta împotriva traficului de persoane. Trebuie menționat faptul că mesajele transmise prin intermediul Centrului Regional SECI de către reprezentanții pe linie de poliție și vamă din statele membre au valoare probatorie, putându-se trimite și copii xerox după documentele ce fac obiectul cauzei, situație ce nu poate fi realizată de către reprezentanții statelor cu statut de observator.

Activitatea de combatere desfășurată la Centrul SECI are un grad de operativitate foarte înalt, fiind rezultatul suprapunerii unui cadru de lucru puternic formalizat cu crearea unui flux comunicațional bazat pe relații de încredere.

Realizând importanța asigurării securității victimei în cazul în care ea se declară de acord să depună mărturie în instanță împotriva celor care au exploatat-o, ofițerii centrului SECI asigură protecția, fie finanțând deplasarea victimei în statul în care are loc procesul și a unor ofițeri din structurile polițienești cu atribuțiuni în combaterea crimei organizate, fie realizând comunicarea între victimă și instanța de judecată prin transmisiunea pe un canal Internet cu semnal criptat¹.

¹ Raport Evaluarea politicilor privind traficul de ființe umane în România, București, 2006, pag.27

EVALUAREA AMENINȚĂRILOR PRIVIND CRIMINALITATEA ORGANIZATĂ ÎN SPAȚIUL UNIUNII EUROPENE

Prof. univ. dr. ȘTEFAN PRUNĂ

**Asist. univ. drd. CRISTIAN-EDUARD ȘTEFAN
ACADEMIA DE POLIȚIE „A.I.CUZA”**

In this article, the authors describe the main aspects of threat assessment on organized crime in the light of the strategic document OCTA conducted at Europol.

Ca răspuns la "Programul de la Haga", a fost introdus și ulterior aprobat de Consiliul UE, în timpul reuniunii din 1-2 iunie 2006, primul Program de Evaluare a Amenințărilor privind Criminalitatea Organizată (OCTA). The OCTA, and the ensuing Council Conclusions based on the OCTA from 2006 and 2007, have already had a significant impact on law enforcement work throughout Europe. This third OCTA will provide an important platform for the evaluation of the Council Conclusions of 2006 and 2007. OCTA și concluziile Consiliului UE bazate pe OCTA din 2006 și 2007, au avut deja un impact semnificativ asupra organelor de aplicare a legii din întreaga Europă. Cel de-al treilea OCTA va furniza o importantă platformă de evaluare a Concluziilor Consiliului UE din 2006 și 2007. The OCTA covers the EU. OCTA acoperă întreg spațiul UE. However, it cannot be neglected that Europe, due to its geography and its cultural, social and historical differences, is not a homogeneous structure and so may also require a regional priority setting. Cu toate acestea, nu poate fi neglijat faptul că Europa, datorită dispunerii geografice, a organizării culturale, sociale și diferențelor istorice, nu este o structură omogenă. Therefore, although the European dimension is the prime focus, the OCTA also accounts for regional divergences. Prin urmare, deși dimensiunea europeană este punctul cel mai important, diferențele regionale constituie de asemenea o prioritate. In order to enhance the understanding of events within the EU, consideration of the international arena is at times necessary. În scopul de a spori nivelul de înțelegere a evenimentelor din cadrul UE, este necesară analiza scenei internaționale¹. To support decision-makers in the best possible way, the OCTA provides a well-targeted qualitative assessment of the threat from OC. Pentru a sprijini factorii de decizie în cel mai bun mod posibil, OCTA oferă o bine documentată, din punct de vedere calitativ, evaluare a amenințărilor structurilor de crimă organizată. The OCTA is based on a multi-source approach, including law enforcement and non-law enforcement contributions. These include various European agencies as well as the private sector. A specific emphasis is put on elaborating the benefits of an intensified public-private partnership. OCTA se bazează pe o abordare multi-sursă, incluzând atât organele de aplicare a legii, cât și alte surse. Acestea includ diverse agenții europene, precum și sectorul privat. Un accent specific se pune pe obținerea de beneficii din intensificarea parteneriatului public-privat. The OCTA helps to close the gap between strategic findings and operational activities. OCTA ajută la diminuarea decalajului dintre concluziile strategice și activitățile operaționale. The OCTA helps to identify the highest

¹ [http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_\(OCTA\)/OCTA2008.pdf](http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_(OCTA)/OCTA2008.pdf)

priorities, which will then be effectively tackled with the appropriate law enforcement instruments., precum și la identificarea celor mai înalte priorități, care vor fi abordate în mod eficient cu instrumentele legale adecvate. The OCTA suggests strategic priorities, but it needs to be realised that the OCTA itself is not detailed enough to pinpoint specific criminal investigations. OCTA sugerează priorități strategice, dar trebuie să se realizeze că OCTA în sine nu este suficient de detaliat încât să dea indicații specifice în cadrul anchetelor penale. The structure of the 2008 OCTA follows the general conceptual model for the analysis, starting with an assessment of the OC groups, followed by an analysis of the criminal markets and ending with an assessment of the regional dimension of OC impacting on the EU. Structura din 2008 a Programului de Evaluare a Amenințărilor privind Criminalitatea Organizată urmează conceptul general al modelului de analiză, începând cu o evaluare a grupurilor de crimă organizată, urmată de o analiză a spectrului penal și se încheie cu o evaluare a dimensiunii regionale a crimei organizate cu impact asupra UE¹. OCTA este într-un continuu proces de consolidare. Problemele metodologice și nu numai sunt în mod continuu abordate în strânsă cooperare cu statele membre pentru a permite o îmbunătățire considerabilă a OCTA. The methodology and procedures for its completion have been amended. Metodologia și procedurile pentru finalizarea acestuia au fost modificate. Overall, the changes which have been introduced have all contributed to enhancing the quality of the OCTA. În general, modificările care au fost introduse au contribuit la creșterea calității OCTA.

Evaluarea generală a grupurilor de crimă organizată

Grupurile de crimă organizată pot fi evaluate prin utilizarea unei tipologii bazată pe indicatorii OCTA. Această tipologie ajută la identificarea anumitor tipuri de grupuri în orice stat membru și, de asemenea, la evaluarea amenințărilor impuse de acestea. Tipologia nu este un exercițiu științific de statistică, ci este creat pentru a evalua și pune în lumină diferențele funcționale din cadrul grupurilor de crimă organizată.

În OCTA 2007, o mare parte a analizei a fost concentrată pe evaluarea a șapte indicatori specifici activităților legate de grupurile de crimă organizată, și anume:

1. Dimensiunea internațională;
2. Structura grupului;
3. Utilizarea unor structuri legitime de afaceri;
4. Specializarea;
5. Influență;
6. Utilizarea de violență;
7. Contra-măsuri.

Această clasificare este lansată în OCTA 2008. Pe baza indicatorilor, grupurile raportate de către statele membre pot fi împărțite în trei categorii principale. Acestea sunt grupurile tradițional indigene sau grupurile din spațiul UE, grupurile tradițional non-indigene sau non-UE și, în final, situația intermediară care include atât grupurile din a doua generație de criminalitate organizată, cât și grupurile care combină aspecte ale grupurilor legate de UE, dar și non-UE. Pentru a evidenția modul de dezvoltare a grupurilor de crimă organizată, trebuie luate în considerare mai multe elemente, printre care: modul în care acestea folosesc dimensiunea internațională, care sunt particularitățile structurale și dacă

¹ [http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_\(OCTA\)/OCTA2008.pdf](http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_(OCTA)/OCTA2008.pdf)

există orice aparentă modificare în cadrul acestora, unde acționează aceste grupuri, unde sunt situați liderii, aspecte legate de dotarea existentă în cadrul grupurilor, unde și modul în care utilizează eficient corupția și violența, care sunt grupurile ce au capacitatea de a exploata în mod eficient structurile de afaceri, și cât de bine și pentru scopuri specifice exploatează specialiști și analizează contra-măsuri. Un alt factor în definirea centrului de greutate al grupurilor de crimă organizată este modul în care aceste grupuri folosesc diferite comunități etnice pentru a facilita activitățile cu caracter infracțional¹.

Grupurile Non-UE (din afara spațiului UE) se referă la organizații criminale, care au o puternică dimensiune internațională, astfel încât, în majoritatea cazurilor, atât activele cât și liderii grupului se află în afara UE. Aceste grupuri pot fi considerate ca fiind "vizitatori"; în cele mai multe cazuri numai celulele din grup fiind prezente și vizibile în UE. Deși aceste celule sunt în cele mai multe cazuri conduse din afara UE, nivelul de organizare a acestor grupuri în interiorul UE este încă relativ scăzut. Contactele cu țările de activitate sunt menținute la minimum, iar dimensiunea internațională este utilizată în scopuri de protecție și pentru a sprijini activitățile criminale. Această categorie este adesea reprezentată de grupuri organizate ierarhic. Activitățile lor infracționale sun în mod normal legate de utilizarea structurilor de afaceri legale și, de asemenea, utilizarea de corupție la nivel înalt împotriva organelor de drept, a sistemului judiciar, administrației publice în afara UE. Utilizarea de violență, în cele mai multe cazuri în afara UE, este, de asemenea, o caracteristică generală a acestui tip de grupuri. Grupurile non-UE se diferențiază de cele din spațiul UE printr-un aspect specific: centrul de interes este în principal situat în afara UE, zonele vulnerabile din această zonă fiind exploatate doar pentru obținere de profit. Aceste grupuri sunt de multe ori așa-numite grupuri de furnizare; ele fie furnizează persoane, bunuri sau droguri pentru piețele UE, după care colectează profitul urmând să-l folosească în țările unde acestea își desfășoară activitatea. În unele cazuri, se ocupă chiar de distribuția finală, dar de cele mai multe ori lasă aceste funcții altor grupuri afiliate. Această abordare îngreunează activitatea organelor de aplicare a legii din UE, făcând dificilă identificarea originii și a conducătorilor grupurilor și de asemenea, precum și identificarea, urmărirea și confiscarea câștigurilor infracționale².

Situațiile intermediare se numără printre cele mai interesante tipuri de evoluție a grupurilor de crimă organizată. În general, ele sunt structuri relativ independente și nu doar celule ale grupurilor infracționale mai mari controlate din străinătate. Nivelul de prezență în UE a acestor organizații urmează un trend ascendent, în timp ce posibilitatea de a le bloca la nivel internațional, scade. În general, aceste grupuri sunt în curs de dezvoltare, urmând modelul grupurilor infracționale din spațiul UE. Situația intermediară în materia criminalității organizate include două tipuri principale de grupuri, grupuri din a doua generație și grupuri care combină ambele aspecte, atât ale celor non-UE, cât și ale celor din spațiul european.

Grupurile organizate din a doua generație sunt în multe moduri flancate din punct de vedere funcțional de grupurile non-UE și din spațiul UE, dar progresează spre acestea din urmă. Factorul definitoriu pentru acest tip de dezvoltare este procesul de asimilare, prin

¹ [http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_\(OCTA\)/OCTA2008.pdf](http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_(OCTA)/OCTA2008.pdf)

² Ioan Dascălu (coordonator), Robert Sorin Negoită, Adrian Iacob, Cristian-Eduard Ștefan, Costel Pelcaru, Cătălin Țone, Virgil Spiridon, Dan Bărlă – Criminalitatea organizată. Tratat de teorie și practică judiciară, Editura Sitech, Craiova, 2009, pag.115

care mai multe grupuri devin înrădăcinate în societățile din țările lor de activitate. Aceste grupuri sunt încă în contact cu grupul-mamă cu sediul în țara de origine și, în unele cazuri, își procură bunurile sau serviciile de aici. Într-un stadiu mai evoluat, grupul a rupt treptat legăturile sale cu organizația-mamă și utilizează comunitățile etnice prezente în UE pentru acoperire, piață și recrutare. În stadiul cel mai avansat se situează grupurile care se bazează doar în parte pe exploatarea comunităților etnice, dar au devenit, de asemenea, pregătite în utilizarea de corupție, influențare, în unele cazuri, violență, precum și acces la structurile juridice din UE. Grupul își consolidează prezența în UE, dar în același timp își protejează unele din funcții în spatele dimensiunii sale internaționale (de exemplu, sub formă de limbă, legături de familie sau de valori), care garantează o disimulare împotriva organelor de drept și a altor grupuri de crimă organizată¹. Există indicii că anumite grupuri tradițional considerate ca fiind izolate în afara UE și implicate doar în achiziționarea de diverse mărfuri din UE pentru grupurile din această zonă, s-au stabilit în UE.

Grupurile care combină ambele aspecte, atât ale organizațiilor non-UE, cât și ale celor din spațiul UE au ca element specific faptul că, în grupurile lor, activitățile infracționale combină caracteristicile grupurilor din afara UE cu nivelul de prezență în UE a grupurilor cunoscute ca acționând în această zonă. Centrul de gravitate al acestor grupuri poate fi descris ca făcând parte din activitatea fiecărei țări.

În cele mai multe cazuri, aceste grupuri nu sunt grupuri infracționale independente, ci mai degrabă o rețea precisă răspândită din punct de vedere geografic, cu implicații în contrabandă și alte activități ilicite. Acestea sunt deseori formate din mai multe grupuri independente și egale care activează atunci când un anumit tip de marfă sau o persoană de o anumită naționalitate sau o anumită țară din vizorul lor devine relevantă. *Grupurile din zona UE* se referă la grupurile care au atât liderii lor, cât și cel puțin o parte substanțială din active, în interiorul UE. Ele sunt, în general, caracterizate prin utilizarea structurilor legale de afaceri, angajarea de specialiști pentru activitățile cu caracter infracțional și, în cele mai multe cazuri, utilizarea corupției în interiorul UE împotriva reprezentanților organelor de drept sau sistemului judiciar. Cu toate acestea, tipul și nivelul de corupție aplicate de grupuri variază. Deși în mod incontestabil puține grupuri încearcă să utilizeze corupția la un nivel superior și, de asemenea, împotriva administrației publice și a contextului politic, aceste contacte apar. Utilizarea violenței nu este o caracteristică definitorie a acestui tip de organizație, din moment ce în multe cazuri este considerată a fi învechită în fața celorlalte mijloace de care dispun, mai sofisticate și mai puțin evidente în vederea facilitării activităților criminale. La nivel structural, grupurile UE sunt organizate în mod eficient și pot să susțină sarcini și specializări diverse. Aceste structuri sunt rezistente în relația cu lumea exterioară. Pe de altă parte, ele nu sunt întotdeauna în măsură să utilizeze eficient dimensiunea internațională pentru a-și proteja scopurile, lucru care le poate face destul de vulnerabile în fața acțiunii de aplicare a legii². Grupurile UE pot cuprinde mai multe tipuri structurale, dar informațiile recente sugerează că principala formă de organizare este cea ierarhică.

Chiar dacă organizațiile criminale moderne își investesc adesea activele și își desfășoară activitățile de natură penală în diferite locații din întreaga lume, fiind astfel

¹ [http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_\(OCTA\)/OCTA2008.pdf](http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_(OCTA)/OCTA2008.pdf)

² [http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_\(OCTA\)/OCTA2008.pdf](http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_(OCTA)/OCTA2008.pdf)

prezente în numeroase țări și chiar continente, centrul de gravitate al grupurilor UE se află încă în locul lor de origine – UE.

Funcționalitatea ca factor de definire a crimei organizate

Per ansamblu, majoritatea grupurilor infracționale organizate raportate de către statele membre sunt situate între cele originare din UE și non-UE. Această dezvoltare poate fi explicată prin diverși factori: este posibil ca mai multe grupuri de furnizare, sau grupuri non-UE, să dorească să protejeze mai bine interesele lor de afaceri în UE și de asemenea să obțină o implicare mai mare în fazele finale ale lanțului de aprovizionare, în special distribuție și spălarea de bani. Ele poate chiar doresc să-și extindă afacerea în alte zone infracționale situate în UE. Grupurile non-UE pot, de asemenea, să profite de lipsa frontierelor în cadrul UE, aceasta reprezentând o bună locație pentru a investi o parte din câștigurile imediate și o bună ocazie pentru a se implica în afaceri ale structurilor legale, în special în cazul în care riscul de expunere este mic și unele părți ale intereselor organizațiilor criminale, sunt menținute în afara UE. Informații suplimentare sunt, în orice caz, necesare pentru a confirma aceste elemente. Acești factori pot explica, de asemenea, de ce anumite grupuri non-UE, în cadrul cărora există o etnie dominantă, pot fi localizate în diferite faze de dezvoltare. Pe baza acestuia se poate sugera că funcționalitatea și interesele strategice ale unor grupuri criminale, în multe cazuri, substituie etnia ca factor de definire a crimei organizate.

Tendențe și evoluții

Conform datelor existente în OCTA 2008, anumite tendințe și evoluții legate de grupurile de crimă organizată, pot fi puse în evidență¹:

- mediul infracțional din UE se situează pe un trend crescător și dinamic.
- unele grupuri intermediare includ în rândurile lor din ce în ce mai mulți membri de diferite naționalități, astfel încât mai multe etnii, inclusiv cele din țările de activitate, să fie reprezentate. Liderii grupărilor urmăresc să-și apere interesele strategice globale, care nu de puține ori se găsesc atât în țările de origine, cât și în cele de activitate.

Cea de-a doua generație de grupuri infracționale care s-au dezvoltat este un aspect important care urmează să fie luat în considerare de către organele de aplicare a legii. Unele grupuri s-au remarcat deja prin utilizarea structurilor legale de afaceri atât pentru a facilita activități infracționale, dar și pentru a spăla sume de bani obținute în mod ilicit, în vederea pătrunderii în mediul legal al afacerilor. Acestea sunt, de asemenea, pregătite să utilizeze corupția în UE, atât în sectorul public, cât și privat. Acest lucru indică o creștere a conștientizării asupra funcțiilor îndeplinite de societățile organizate în scopuri criminale și reflectă, de asemenea, disponibilitatea acestora de a controla orice aspect care afectează interesele grupului.

Sectoarele penale

Primele două ediții ale OCTA au făcut referire la sectorul penal prin prisma studiului unei serii de factori care facilitează în diverse moduri activitatea infracțională, și anume:

1. Falsificarea de documente și furtul de identitate;
2. Tehnologia ca un factor de facilitare;
3. Folosirea abuzivă a sectorului de transport;
4. Exploatarea sectorului financiar;

¹ [http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_\(OCTA\)/OCTA2008.pdf](http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_(OCTA)/OCTA2008.pdf)

5. Fenomenul globalizării și al frontierelor.

În anul 2008, evaluarea detaliată a factorilor care facilitează activitatea grupărilor infracționale este construită pe o analiză aprofundată a fenomenului dintr-o perspectivă analitică.

Traficul de droguri

Importul de cocaină la scară largă în UE este dominat de grupurile columbiene. Ele profită de legăturile istorice și lingvistice avute cu Spania, dar și cu Portugalia, precum și de contactele pe care le au cu comunitățile columbiene stabilite acolo. Columbienii și resortisanții spanioli sunt utilizați pentru a coopera în cadrul acestei piețe de desfacere a drogurilor. Recent, au fost raportate și cooperări tot mai frecvente cu grupurile de nigerieni. În locul transportului direct către UE, grupurile criminale preferă rutele prin Caraibe sau mai recent prin Africa de Vest. Africa de Vest devine din ce în ce mai importantă ca zonă de transbordare. Recent, grupurile columbiene au dezvoltat relații cu omologii lor marocani, în scopul de a utiliza rutele tradiționale de transport al cannabis-ului, oferindu-le astfel posibilitatea de a transporta cocaină în UE. Cea mai mare parte din heroină provine din Afganistan. Traficul cu heroină spre și în interiorul UE continuă să fie dominat de grupurile de crimă organizată turcești. Turcia are legături cu Afganistanul, precum și cu țări ca Olanda, Belgia, Franța, Germania și Marea Britanie. Majoritatea heroinei este încă transportată prin diferite rute din Balcani, dar o cantitate considerabilă este traficăta prin nordul Mării Negre, traseu care câștigă în importanță.

Grupurile olandeze și într-o mai mică măsură cele belgiene, încă domină cea mai mare a producției de droguri sintetice din UE, profitând de cunoștințele și experiența lor, dar și de facilitatea majoră în vederea traficării, datorită porturilor Anvers și Rotterdam, care reprezintă puncte importante de transbordare pentru traficul de cocaină. Pe de altă parte, la scară largă, producția de Ecstasy continuă să se răspândească, în special în Indonezia, Canada și Australia. În unele cazuri a putut fi observat sprijinul din partea experților UE¹.

În cadrul UE, se poate observa o creștere a numărului de zone unde sunt produse droguri sintetice, în afara regiunii olandezo-belgiene. Este de așteptat ca aderarea Bulgariei și a României la UE să influențeze piața drogurilor sintetice. Grupurile bulgare produc comprimate de amfetamină, care sunt în prezent traficate în Orientul Mijlociu. În acest context, există indicii că laboratoarele clandestine urmează a fi amplasate către țări din Orientul Mijlociu. Posibilitățile de transport (porturi din regiunea Mării Negre și importante coridoare Pan-europene) pot facilita în continuare producția și traficul de droguri sintetice și, de asemenea, a traficului de precursori, dinspre principalele surse – China și Rusia, către Europa de Vest. Toate aceste evoluții ar putea indica faptul că și alte regiuni ale lumii, vor deveni adevărate nuclee de producție și distribuție a drogurilor sintetice. În acest sens, la nivel global, dominația grupurilor olandeze și belgiene se va diminua în timp. Comercializarea cannabis-ului reprezintă cea mai mare piață a drogurilor ilegale. Cannabis-ul originar din Maroc intră în continentul european prin Spania și este adesea transportat în Olanda pentru a fi distribuit mai departe. Spaniolii și marocanii sunt preponderenți în această activitate, iar cooperarea cu alte naționalități permite obținerea unor rezultate de succes. Olanda este un important producător de plante de cannabis în ceea ce privește piața europeană. Cultivarea de cannabis este, de asemenea, în creștere în

¹ [http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_\(OCTA\)/OCTA2008.pdf](http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_(OCTA)/OCTA2008.pdf)

Republica Cehă, prin folosirea de echipamente și tehnologie care provine din Olanda. Cu actuala creștere a plantelor de cannabis sunt uneori însărcinate fie persoanele care au probleme financiare și care înființează o pepinieră în propriile case, fie muncitorii din Europa de Est, care sunt obligați să-și folosească abilitățile pentru a cultiva „planta olandeză”.

Infrațiuni împotriva persoanelor

Facilitarea imigrației ilegale și a traficului de ființe umane sunt două domenii distincte de criminalitate care necesită soluții specifice. Cu toate acestea, există unele zone care se suprapun cu privire la factorii și condițiile care facilitează și conduc la apariția unor astfel de infracțiuni și care influențează evoluția lor. Mai mult decât atât, nu poate fi exclus faptul că, în anumite cazuri, informațiile incomplete ar putea conduce la crearea unei confuzii între victimele traficului de persoane și imigranții ilegali, dar și invers. De asemenea, trebuie să fie luată în considerare posibilitatea ca imigranții ilegali să fie exploatați de către grupurile infracționale neimplicate în contrabandă. Acest ultim aspect deschide posibilitatea de înțelegere asupra modului în care grupurile de crimă organizată profită de imigranții ilegali. Frauda legată de identitate și frontiere va continua să fie un factor important în traficul de persoane și de facilitare a imigrației ilegale. Frontierele terestre și maritime pot fi traversate clandestin, fără a se recurge la furtul de identitate. Când perioada de valabilitate a vizei sau a permisului de ședere a expirat, nu este necesar, nici în acest caz, furtul de identitate. Documente de călătorie furate sau falsificate sunt necesare atunci când se intră în UE cu avionul în mod ilegal. Documentele care permit intrarea sau rezidența în UE pot fi legale, dar obținute pentru motive false. Există unele variabile care pot fi considerate ca fiind cruciale pentru viitorul și dinamica traficului de persoane și a facilitării imigrației ilegale în UE. Unul dintre acești factori este numărul ridicat de potențiale victime sau de imigranți ilegali din Ucraina, Belarus, Moldova și Rusia. Grupurile infracționale române și lituaniene vor profita de această situație. În plus, alți actori importanți par a fi grupurile poloneze, care domină traficul de persoane, în și prin Polonia. O altă variabilă importantă este impactul produs de aderarea la UE a României și Bulgariei.

Grupuri infracționale, cum ar fi cele române, poloneze sau lituaniene vor continua să profite de prezența lor în interiorul UE și de capacitatea de a recruta oameni, nu numai din statele membre, dar și din afara UE. Alte grupuri, cum ar fi cele originare din Europa și cele albaneze, vor continua să încerce să-și păstreze poziția pe piață prin exploatarea persoanelor traficate de grupurile menționate anterior¹. Celălalt set de variabile include dinamica urmată de continentul african. În fiecare an, zeci de mii de africani încearcă să intre în mod ilegal în UE. De asemenea, Africa este utilizată de structurile criminale organizate implicate în contrabanda cu imigranți din alte continente, în special Asia de Est, de Sud și de sud-vest. Rolul Africii în traficul de persoane în vederea exploatarei sexuale în UE, pare să fie dominat în principal de grupurile nigeriene. De obicei, infractorii nigerieni se ocupă de toate fazele traficului și de procesul de exploatare. O altă variabilă este imigrația ilegală din China. Rețelele chineze facilitează imigrația ilegală de chinezi în UE. Aceștia sunt factori care pot genera o creștere a exploatarei muncii forțate, conducând la apariția a noi forme de exploatare, cum ar fi cea sexuală. În ceea ce privește Asia de Sud-

¹[http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_\(OCTA\)/OCTA2008.pdf](http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_(OCTA)/OCTA2008.pdf)

Est, informațiile existente sugerează că alte naționalități, cum ar fi vietnamezii, sunt implicați în facilitarea imigrației ilegale și în traficul de persoane. Acest lucru indică o posibilă apariție a unui nou front în lupta împotriva acestor infracțiuni. De asemenea, este important să se monitorizeze evoluția situației din regiunea Mării Negre. Grupările criminale care activează în acest domeniu sunt implicate în facilitarea imigrației ilegale a resortisanților din propriile regiuni, dar sunt de asemenea folosiți ca furnizori de servicii de facilitatorii din afara regiunilor. Cele mai grave și imediate riscuri le reprezintă porturi importante din Odessa, Istanbul, Constanța și Varna. Ele sunt utilizate ca noduri de tranzit pentru transporturile internaționale. Situația securității din Irak are un impact semnificativ asupra imigrației ilegale din această țară către statele membre.

Frauda

Frauda cuprinde fenomene infracționale diverse, de la TVA, investiții, asigurări sociale, până la folosirea de fonduri UE și licitații publice. De asemenea, drepturile de proprietate intelectuală și problemele legate de contrabanda cu țigări, alcool și benzină sunt considerate fraudă din cauza implicațiilor directe sau indirecte pe care le au asupra mediului fiscal (furt sau evaziune). Frauda implică anumite scheme sofisticate și complicate ce se aplică la nivel global prin intermediul unor diverse companii fictive sau reale, cum ar fi comerțul ilicit, dar și înșelătorii orchestrate, pentru a ademeni persoane naive care să contribuie cu sume de bani, sub forma unor taxe în avans.

Frauda poate fi analizată în funcție de principalele sale obiective: fraudă cu beneficii financiare directe și fraudă în interesul de a influența societatea și economia (de penetrare în societate, adoptarea unui aspect aparent legal, de întărire a controlului asupra teritoriului prin intermediul administrațiilor locale, crearea de noi afaceri ilegale, spălarea banilor, etc.). Se poate argumenta că în cele din urmă, scopul principal al fraudei este acela de a aduce beneficii financiare celui care o comite, însă acesta nu este singurul scop al fraudei; grupurile de crimă organizată o pot folosi într-un mod mai funcțional pentru a se atașa în diferite structuri juridice pe care fie le exploatează, fie pătrund în interiorul lor. Cu toate acestea, fraudă sprijină financiar multe forme de crimă organizată. Este binecunoscut faptul că, în multe cazuri, grupurile criminale dispun de „arme” care le permit pătrunderea în societate și economie aproape neobservate. Acest lucru poate avea implicații de mare anvergură, mai ales atunci când este combinat cu utilizarea corupției pentru a influența luarea deciziilor politice și economice, de la nivel local, regional și național. Cel mai îngrijorător aspect al fraudei este că aceasta poate fi utilizată de grupurile infracționale pentru a câștiga teren în diferite sectoare de activitate-construcții, transporturi- practicate în mod fraudulos și la prețuri mai mici¹. Astfel, fraudă are un vast impact asupra societății în ansamblu, care depășește implicațiile sale financiare directe. Acest lucru se aplică în special în cazul comerțului și fraudei privind fondurile UE (licitațiile publice și achiziții), reprezentând principalele tipuri de infracțiuni și practici frauduloase, care exploatează, în diverse moduri, frontierele dintre cumpărător, vânzător, și posibili intermediari. Aceste lucruri expun anumite vulnerabilități cheie în societate și economie, care pot fi exploatare de crima organizată cu consecințe destabilizatoare grave.

În ceea ce privește plata realizată cu ajutorul cărților de credit, grupurile infracționale acționează cu ajutorul echipamentelor tehnologice de care dispun (dispozitive de

¹ http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_session/OCTA/OCTA2008.pdf

skimming, kituri de phishing, etc.), plata cu cărți de credit false fiind o problemă globală, dar instrumentele împotriva acestora sunt utilizate în principal la nivel național. Se are în vedere utilizarea din ce în ce mai frecventă a Internetului, care dă naștere la noi vulnerabilități pentru a fi exploatate în vederea furtului și abuzului de date. Principala amenințare în ceea ce privește fraudă realizată prin intermediul cărților de credit este că grupurile infracționale sunt susținute de experți externi care devin din ce în ce mai implicați și dezvoltă mijloace din ce în ce mai eficiente de a fura cantități mari de date.

Falsificarea

Falsificarea este o activitate ilegală care cuprinde o gamă largă de domenii infracționale. Aceasta poate fi o infracțiune în sine, o specializare sau un factor de facilitare pentru alte infracțiuni.

Falsificarea poate fi împărțită în trei categorii principale¹:

- ✓ Falsificare de monedă (bancnote și monede metalice);
- ✓ Falsificare de documente (ID-ul, de marfă, vehicule, accize, etc);
- ✓ Falsificarea de produse (încălcări ale dreptului de proprietate intelectuală).

Falsificarea de monedă, în special cea a monedei euro, este raportată la nivelul UE. Țările cele mai afectate în primele zece luni ale anului 2007 au fost Franța, Italia și Spania, urmate de Germania, Austria, Olanda și Belgia. Cel mai mic număr de falsificări ale monedei euro a fost raportat în Danemarca, Letonia și Estonia.

În general, falsificarea de monedă se caracterizează printr-o strictă distribuire a sarcinilor între producători, intermediari și distribuitori, în unele cazuri controlată, sau de cele mai multe ori, tolerată de Mafia italiană și grupuri infracționale din Lituania, Bulgaria și Polonia. Infractorii din comunitățile mai sus menționate sunt printre principalii distribuitori în Franța și Spania. Cea mai mare parte a grupurilor implicate au un profil complex și exploatează la nivel internațional toate rutele de trafic, spre a furniza altor infractori dar și populației o gamă largă de produse și servicii ilegale. Falsificarea de monedă în UE este un pericol prezent care, pentru moment, este sub control. Falsificarea de documente este un important factor facilitator pentru activitățile infracționale. Falsificarea documentelor facilitează infracțiuni ca traficul de droguri, traficul de persoane, imigrația ilegală, traficul de vehicule furate, contrabanda (inclusiv de țigări și băuturi alcoolice), furtul de identitate și alte tipuri de fraudă. Natura transnațională a grupurilor infracționale moderne se reflectă în grija sporită a grupurilor în falsificarea documentelor folosite pentru a traversa mai multe granițe, acestea urmărind să creeze o aparentă stare de legalitate. Documentele de însoțire falsificate facilitează, de asemenea, infiltrarea în mod ilegal a diferitelor produse în sectorul comercial, contribuind astfel la creșterea profiturilor grupurilor infracționale. Varietatea nelimitată a documentelor oficiale sau semi-oficiale existente în întreaga lume, împreună cu tot mai intensă circulație a persoanelor și a bunurilor între frontierele reale și virtuale, împiedică realizarea unor controale eficiente și facilitează operațiunile ilegale. Amenințarea care decurge din falsificarea documentelor trebuie, prin urmare, să fie considerată ca fiind foarte gravă. Falsificarea de produse este o infracțiune care necesită o atenție specială. Toate statele membre sunt afectate de aceasta, o amenințare în curs fiind reprezentată de infiltrarea mărfurilor contrafăcute în sectorul comercial legal. Prin exploatarea sectorului de transport și tehnologic, globalizarea și

¹[http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_\(OCTA\)/OCTA2008.pdf](http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_(OCTA)/OCTA2008.pdf)

situația frontierelor devin principalii factori de facilitare pentru falsificarea de produse, ceea ce transformă această activitate într-o infracțiune specifică structurilor criminale moderne.

Amenințarea reprezentată de produsele contrafăcute și fraudă în materia drepturilor de proprietate intelectuală este multiplă și are un potențial devastator. Sectoarele cele mai afectate de aceasta sunt cele de securitate, sănătate, economie, dezvoltare (științifică și tehnologică) și de ocupare a forței de muncă. Un efect secundar al mărfii contrafăcute este impactul acesteia asupra inovației și cercetării, a produselor de bază și a valorii adăugate de proprietatea intelectuală. Scăderea profitului din cauza concurenței neloiale afectează negativ procesul de inovare și de cercetare, încetinind progresele. În plus, profitul și piața aflate în continuă scădere duc în mod inevitabil la reduceri de personal, deci implicit la pierderea locurilor de muncă.

Dimensiunea orizontală a activităților infracționale

Grupurile internaționale de crimă organizată își largesc sfera de funcționare și gama de activități infracționale în care sunt implicate. Într-o lume mică, globalizată, cu o creștere a cererii de bunuri, contrabanda este activitatea criminală tipică, lucru care a generat o trecere de la o situație de strictă specializare, în care fiecare grup de crimă organizată face trafic numai cu un tip de produs, la una de multi-ofertă și, în consecință, la apariția mai multor infracțiuni. Una dintre cele mai utilizate strategii este de a strânge fonduri prin comiterea de infracțiuni cu grad scăzut de risc, de mare profit, cum ar fi contrabanda cu țigări, pe care mai târziu să le investească într-o activitate infracțională foarte profitabilă, de exemplu traficul de droguri¹. Grupurile infracționale moderne par să realizeze că în loc să jefuiască cetățenii, este mai bine să le ofere ceea ce este interzis, rar sau prea scump. Controlul rutelor internaționale de contrabandă crearea de alianțe strategice cu grupurile de crimă organizată puternice și cu țările de tranzit, exploatarea frontierelor și a tuturor problemelor nerezolvate, folosirea abuzivă a sectorului de transport, controlul asupra pieței negre și combaterea ilegalităților în domeniul muncii, utilizarea tehnologiei și a pieței virtuale, atitudinea tolerantă a "țintelor": aceștia sunt factorii convergenți ai tendinței infracționale². Infracțiunile violente și agresive au fost lăsate altor grupuri mai primitive și mai puțin structurate, în timp ce conducerea sindicatelor criminale alunecă lin în economia paralelă, cu scopul de a satisface clientela lor, astfel realizând scopul final al infractorilor de top: acela de a fi considerați întreprinzători de succes. În general, principalele grupuri de crimă organizată sunt transnaționale, multi-etnice și orientate către comiterea mai multor infracțiuni, oferind o amplă varietate de produse și servicii. Această dimensiune mai mare le poate da posibilitatea de a rula întreg procesul de producție și de distribuție a întregii piețe infracționale, optimizarea profitului și debarasarea de grupurile locale de crimă organizată mai mici, care vor fi obligate să recurgă la alte activități infracționale limitate. Acest lucru ar putea conduce la un impact mai puternic pe teritoriul grupurilor locale de crimă organizată, în timp ce marile grupuri internaționale de crimă organizată pot avea venituri mai mari și se pot infiltra din ce în ce mai mult în sectoarele comerciale,

¹ Ioan Dascălu (coordonator), Robert Sorin Negoită, Adrian Iacob, Cristian-Eduard Ștefan, Costel Pelcaru, Cătălin Țone, Virgil Spiridon, Dan Bârlă – Criminalitatea organizată. Tratat de teorie și practică judiciară, Editura Sitech, Craiova, 2009, pag.124

²[http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_\(OCTA\)/OCTA2008.pdf](http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_(OCTA)/OCTA2008.pdf)

economice și sociale, reprezentând astfel o amenințare mai mare și mai puternică. Există mai mulți factori care au condus la situația actuală și care vor continua să fie importanți în viitor. Primul este exploatarea globalizării și a frontierelor. Fără granițe nu va exista contrabandă, iar crima organizată modernă nu este altceva decât contrabanda dusă la cel mai înalt nivel. Cel de-al doilea este mai puțin clar, dar mai tulburător: este factorul uman. Toleranța socială este unul dintre factorii luați în considerare de către octa. Infracții organizate sunt capabili în mod deosebit să descopere aceste aspecte, precum și alte puncte slabe, transformându-le în surse de câștig. Pe piața ilegală, grupurile de crimă organizată rămân necontestate de către orice concurență credibilă, și în conformitate cu noua lor abordare comercială se pot aventura în domenii penale neexplorate în prealabil. Un exemplu este furnizat de pornografia infantilă. Spălarea banilor, faptă comisă frecvent de grupurile de crimă organizată, în combinație cu alte infracțiuni, scoate în evidență tendința multi-criminală a grupurilor infracționale moderne. În același timp, existența unor experți care își furnizează serviciile altor grupuri de crimă organizată, este o dovadă a creșterii atitudinii comerciale descrise mai sus. Metodele utilizate de către grupurile infracționale pentru spălarea banilor sunt numeroase, iar în ultimii ani, tehnologia a devenit un important factor de facilitare. Numitorul comun al celui mai complex și eficient sistem de spălare a banilor este dimensiunea internațională. De asemenea, ca și în alte domenii de criminalitate, în activitățile de spălare a banilor, grupurile de crimă organizată afișează o inegalabilă abilitate în gestionarea dimensiunii internaționale, în timp ce autoritățile naționale și internaționale, sunt în continuă luptă cu ele¹.

¹[http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_\(OCTA\)/OCTA2008.pdf](http://www.europol.europa.eu/publications/European_Organised_Crime_Threat_Assessment_(OCTA)/OCTA2008.pdf)

CERTITUDINEA ÎN ALEGEREA LEGII

IONESCU SILVIU

Ministru Plenipotentiar-Ambasada României la Singapore

Una dintre cele mai importante măsuri pentru a minimiza incertitudinea în cadrul unei tranzacții contractuale, mai ales una care implică elemente transfrontaliere, este cea de a alege, în mod expres și chiar de la bun început, legea care să guverneze contractul. În general, alegerea legii între părțile contractante va fi acordată, în aplicare, de către cele mai multe țări. Cu toate acestea, nu există nici o garanție că se va respecta întotdeauna această regulă. Pericolul vine mai ales de la alegerea părților față de o lege, mai ales în astfel de cazuri, unde este cerut unui forum să impună alegerea clauzei de drept, dacă nu poate găsi nici o legătură între tranzacție și legea aleasă.. Astfel, un aspect strategic important este asigurarea faptului că alegerea părților de drept va fi admisă și selectată de către un forum, care va susține intenția părților.

Instanțele Engleze aplica legiile Convenției de la Roma, privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale, indiferent dacă tranzacția de bază are de-a face cu Uniunea Europeană sau nu. În conformitate cu Convenția de la Roma, instanța engleză aplica legea aleasă de către părți. Aplicarea legilor de forum, care sunt obligatorii indiferent de orice elemente străine, în caz sunt menținute. În plus, există un număr de alte limitări importante privind autonomia părții.

În cazul în care toate celelalte elemente relevante, pentru situația în momentul alegerii, sunt legate de o singură țară, atunci regulile "obligatorii", din această țară, se aplică în ciuda acordului părților, precum că legea unei alte țări ar trebui să se aplice. "Normele imperative", în acest context, sunt normele de drept care nu se pot deroga prin contract. Regulile, pe care părțile nu le pot negocia, includ reguli împotriva sancțiunilor, sau doctrine luate în considerare în legislația de drept comun. Alegere legiilor este limitată doar la contracte de consumatori și de angajare.

Marea Britanie a intrat într-o rezervație, în conformitate cu Convenția de la Roma, ceea ce înseamnă că acesta nu este obligată să ia în considerare aplicarea normelor internaționale, obligatorii pentru o țară care are o strânsă legătură cu tranzacția, a carui lege nu este aleasă de către părți pentru a reglementa contractul.

Normele de contract internaționale obligatorii sunt normele imperative de drept ale unei țări, care ar putea fi aplicate de către instanța de ei, indiferent de alegere părților față de o altă lege care să reglementeze contractului. Cu toate acestea, această poziție se poate schimba în viitor. În conformitate cu versiunea curentă de la Roma, s-a propus un regulament privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale, destinat să substituie Convenția de la Roma, și atunci o astfel de rezervă nu ar mai fi posibilă. Dacă această schimbare se produce, aceasta înseamnă că instanța engleză ar fi obligată să ia în considerare punerea în aplicare a legislației unei țări, chiar dacă părțile nu au dorit ca astfel de legi să se aplice.

Potrivit regulamentului New York asupra conflictul de legi, alegerea părților de drept se va acorda în aplicare. Există o serie de derogări importante de la acest principiu, în conformitate cu legislația statului New York. Instanțele judecătorești aplică retratării (a doua) privind conflictul de legi, în temeiul căruia legea aleasă nu va fi pusă în vigoare în cazul în care legea statului, care a fost aleasă, nu are nici o relație substanțială cu părțile sau cu tranzacția și nu există nici o altă bază rezonabilă.

ROLUL INVESTIGAȚIEI CRIMINALISTICE ÎN CERCETAREA DOCUMENTELOR SCRISE

Conf. univ. dr. FLORIN IONESCU
Universitatea Româno – Americană
Facultatea de Drept

1. Considerații introductive

Scrisul ca formă de comunicare umană, a apărut din nevoia de a fixa și transmite altora gândirea, ideile, sentimentele, sau pentru a consemna anumite fapte. Această necesitate a condus la apariția mai multor forme de scriere în numeroase puncte de pe glob.

Într-o primă etapă, scrierea a evoluat de la semnele convenționale pur mnemonice, la scrierea prin imagini figurative. Forma figurativă de scriere a stat la baza apariției ulterioare a scrierii ideografice, în care obiectele erau reprezentate prin simboluri apte să redea idei abstracte.

Ultimei etape a scrierii – scrierea fonetică – îi este specific faptul că ideile exprimate verbal sunt reprezentate grafic, printr-o succesiune de semne convenționale fixe, corespunzătoare fiecăruia din sunetele care alcătuiesc limbajul oral.

Scrisul constituie așadar un sistem de reproducere prin semne convenționale a sunetelor și cuvintelor dintr-o limbă, o modalitate de transmitere grafică a gândirii în timp și spațiu.

Aproape concomitent cu apariția sa, s-au manifestat și primele încercări de falsificare a scrisului¹. Dezvoltarea industriei și a comerțului în a doua jumătate a secolului al XV-lea, îndeosebi în țările din vestul Europei, a impus folosirea pe scară largă a documentelor pentru încheierea numeroaselor tranzacții. În același timp a sporit numărul actelor false sau contrafăcute, ceea ce a impus intensificarea eforturilor autorităților statale pentru a le descoperi.

Creșterea numărului de litigii cu privire la autenticitatea actelor, a determinat apariția expertizei scrisului². Diversificarea modalităților faptice de falsificare a actelor scrise, a sporit dificultățile din procesul de constatare și probare a infracțiunilor din acest domeniu. Progresele înregistrate de știința criminalisticii au lărgit însă considerabil aria metodelor,

¹ În literatura de specialitate și în alte lucrări, cum sunt cele de informare, arheologice, prezentare a unor curiozități și altele, se fac numeroase mențiuni și comentarii care au ca obiect această problematică. De exemplu, în unele lucrări (Lucian Ionescu – Expertiza criminalistică a scrisului, Editura Junimea, Iași, 1973, pag. 14) se fac mențiuni despre o lege a împăratului Constantin - în jurul anului 300 înainte de Hristos - care cuprinde o secțiune specială despre fals, printre mijloacele de investigare utilizate în scopul aflării adevărului, amintindu-se și compararea scrisurilor (scripturarum collatione). De asemenea, Justinian (529) menționează în novela 73 o eroare judiciară provocată de unii experți care au catalogat un act ca fiind fals, dar care așa cum s-a dovedit ulterior era autentic. Încă în novela 49 se exprimase îndoiala cu privire la obținerea de rezultate certe în examinarea scrisurilor, indicându-se măsuri pentru asigurarea pieselor de comparație. O atestare a unor reguli de cercetare a falsurilor se întâlnește și în timpul Romei antice în „Lex Cornelia de falsis”

² Emilian Stancu – Criminalistica, Editura Didactică și Pedagogică R.A., București, 1993, pag. 30.

procedeele și tehnicile de examinare destinate depistării falsurilor, ele sprijinindu-se pe aplicarea cuceririlor din alte domenii ale științei, îndeosebi ale fizicii și chimiei.

Din păcate, cuceririle din alte domenii științifice s-au repercutat pozitiv îndeosebi în privința cercetării actelor sub aspect tehnic (analiza hârtiei, cernelii, pastei, tușului etc) și într-o măsură mai mică asupra examinărilor de ordin grafic, unde rezultatele depind încă, în mare măsură, de talentul și experiența personală a expertului¹.

2. Definirea unor termeni

Termenul „act” derivă din latinescul „actus”, „actum” și are o dublă semnificație²:

- *exprimă tot ceea ce se face la comanda dreptului oamenilor, a dreptului public și a dreptului privat;*

- *desemnează înscrisul ce constată că un fapt a fost consimțit sau convenit.*

În primul sens, este „quod actum est”, adică ceea ce s-a făcut, iar în al doilea sens, termenul corespunde a ceea ce romanii numeau „instrumentum”, adică înscrisul destinat a constata „quod actum est”.

Practica judiciară înregistrează numeroase cazuri de falsificare a înscrisurilor care consfințesc o mare varietate de acte juridice. Falsul este îndreptat deopotrivă, atât asupra unor înscrisuri oficiale, cât și sub semnătură privată.

Înscrisurile oficiale se deosebesc de înscrisurile sub semnătură privată, cele mai semnificative elemente fiind:

- *sinceritatea înscrisului oficial și consecințele pe care le generează sunt garantate de un funcționar public competent să-l autentifice.* Acest „martor al legii” (notar, funcționar ministerial, prefect, primar etc.) atestă prin semnătura sa că părțile i-au declarat că încheie o convenție, un contract etc. Un astfel de înscris se va impune cu aceeași autoritate față de terțe persoane;

- *înscrisul sub semnătură privată nu este întocmit în fața unui asemenea martor oficial, sinceritatea lui, precum și efectele de natură să le producă nefiind garantate decât de simpla semnătură a părților.* Prin urmare, un astfel de înscris constituie propriul său martor, iar cel care îl invocă nu are alt garant al sincerității sale, decât semnăturile depuse pe el, semnături care însă nu sunt cu nimic mai certe decât conținutul său³. Deci, în realitate, înscrisul nu probează nimic dacă cel căruia îi este opozabil nu recunoaște semnătura. În acest caz, cel care prezintă înscrisul este obligat să probeze autenticitatea lui. Din aceste motive, înscrisurile sub semnătură privată nu se pot impune tuturor cu aceeași autoritate. Ca atare, convențiile și înscrisurile care le constată, fie ele sincere sau false, nu vor avea efecte decât între părți. Ele sunt indiferente terților care nu au interesul să le conteste decât în măsura în care sunt prejudiciați prin efectele pe care le produc.

Marea majoritate a infracțiunilor de fals sunt îndreptate împotriva actelor scrise. Pe lângă termenul de act scris, există de asemenea, termenul de „document” care poate desemna, atât un înscris, cât și orice alt obiect destinat să ateste fapte de natură juridică sau istorică, mai ales dacă acestuia din urmă i se adaugă cuvântul „scris”⁴.

Documentul scris este o scriere așternută pe un anumit suport (hârtie, lemn, sticlă, pânză etc.). Potrivit unor opinii exprimate în literatura de specialitate, nefiind o exprimare

¹ Lucian Ionescu – op. cit., pag. 14.

² La Grande Encyclopédie française, vol. I, pag. 458 și următoarele.

³ Codul civil, art. 1191.

⁴ Dumitru Sandu – Falsul în acte, Lumina Lex, București, 1994, pag. 7.

a gândirii în scris, emblemele, mărcile de fabrică, notele muzicale, reproducerile fotografice, înregistrările fonografice, filmele nu se cuprind în noțiunea de act scris, intrând în această categorie matricele, sigiliile, picturile ș.a. Și alți autori de specialitate susțin că obiecte ca fotografiile, schemele, planșele, în măsura în care nu conțin semnele scrierii fonetice, pot fi considerate mijloace materiale de probă de natură diferită de cea a înscrisurilor¹.

Din punct de vedere criminalistic, având în vedere similitudinea metodelor de lucru și a procedurilor de examinare, se admite că în problematica cercetării criminalistice a actelor scrise sunt incluse pe lângă înscrisurile oficiale sau sub semnătură privată: biletele, tichetele sau orice alte imprimate producătoare de consecințe juridice; monedele, timbrele sau alte valori; instrumentele de autentificare (sigiliile), schițele, desenele, și în general toate obiectele purtătoare de semne grafice care pot constitui însăși obiectul material al infracțiunilor de fals. Celelalte obiecte incluse forțat în categoria înscrisurilor, (benzi audio, fotografii, pelicule etc) sunt specifice altor categorii de expertize decât cele criminalistice, respectiv expertizelor tehnice, contabile, arhivistice, lingvistice etc.

Într-o accepțiune largă, prin fals se înțelege tot ceea ce este contrar adevărului.

Această semnificație nu este valabilă în totalitate în dreptul civil, deoarece nu întotdeauna o convenție care exprimă un neadevăr, este în mod obligatoriu falsă. Astfel, în dreptul civil nu trebuie confundat falsul cu simularea.

Falsul există atunci când a fost creat un înscris fără știrea persoanei căreia i se opune, ori atunci când în enunțurile unui înscris s-a inserat, amplificat, diminuat sau șters o stipulație fără știrea celeilalte (celorlalte) părți².

Simularea, cu toate că exprimă un neadevăr, (de exemplu, înscrisul consemnează că a avut loc o vânzare, dar în realitate a fost donație), nu reprezintă în mod obligatoriu un fals, atunci când părțile au urmărit realizarea unui interes comun. Pentru probarea simulării, legea permite ca prin evidențierea foloaselor dobândite de părți, să se demonstreze că actul conține o operație diferită de cea care a avut loc în realitate, fără ca prin aceasta să se înțeleagă că actul scris care o consfințește, este fals.

În dreptul penal, legiuitorul nu a dat termenului de „înscris” o semnificație largă, făcând distincție între infracțiunile de falsuri în înscrisuri și falsificarea de monedă, timbre sau alte valori. Prin urmare, dreptul penal nu are în vedere orice fel de act scris, ci doar pe acelea care pot produce consecințe juridice, încriminarea fiind limitată la falsificarea acestora.

Actul scris este considerat mijloc de probă atât timp cât veridicitatea sa nu este contestată. Din momentul contestării autenticității actului, el devine probă materială³.

Într-o accepțiune mai restrânsă, termenul de „fals” servește la desemnarea acțiunii de contrafacere ori alterare a unui înscris. Înscrisul astfel fabricat poate face obiectul a două proceduri distincte de cercetare, respectiv pentru demonstrarea falsului și pentru demonstrarea culpabilității falsificatorului.

¹ Ion Neagu – Drept procesual penal, Editura Academiei Române, București, 1989, pag. 177-178.

² La Grande Encyclopedie francaise, pag. 468.

³ Dumitru Sandu – opere citate, pag. 8.

3. Unele considerații privind procedura de cercetare a falsului

Din punctul de vedere al legii penale, falsul constă într-o alterare frauduloasă a adevărului, în dauna unor persoane fizice sau juridice. Într-un sens larg, el poate fi comis în trei moduri: prin acțiuni, prin cuvinte, prin înscrisuri. Pentru ca fapta să cadă sub incidența legii penale, este necesar ca ea să fie de natură să producă alterarea sau înlăturarea materială a adevărului.

În cazul falsului în înscrisuri, trebuie ca alterarea să privească conținutul actului, să se refere la fapte pe care acesta are scopul să le constate și să fie comisă urmând unul din procedeele determinate prin lege.

O altă cerință pe care legea o instituie, chiar dacă ea nu este prevăzută în mod expres, este reprezentată de intenția frauduloasă a persoanei interesate, de a procura pentru sine sau pentru alții, un beneficiu ilegal. În sfârșit, trebuie ca falsul să fie de natură să producă consecințe juridice.

Legea penală consacră un regim sancționator diferențiat, în funcție de calitatea subiectului activ al infracțiunii.

Astfel, când falsul este comis asupra, ori cu prilejul întocmirii unor înscrisuri oficiale de către un subiect calificat (funcționarul public), pedeapsa este mai aspră decât atunci când este comis de orice altă persoană fizică. Acest tratament este justificat și de faptul că înscrisurile oficiale privesc interese mai generale, care trebuie să se bucure de o protecție suplimentară din partea legii.

În ceea ce privește falsul în înscrisuri sub semnătură privată, acesta este sancționat doar dacă făptuitorul folosește înscrisul falsificat, ori dacă îl încredințează altei persoane spre folosință, în vederea producerii de consecințe juridice. Aceasta înseamnă că legea penală îi permite făptuitorului să mai reflecteze dacă se folosește sau nu de înscrisul falsificat, fără să precizeze în mod expres care este întinderea termenului de gândire¹.

În dreptul penal, falsul presupune o cercetare care se desfășoară după proceduri represive, declanșate împotriva autorului prezumtiv al acestuia.

În dreptul civil, se poate vorbi de fals – până la proba contrarie – numai atunci când un înscris care a fost prezentat într-un proces civil, este contestat de partea căreia i se opune. În acest caz, cercetarea este îndreptată doar împotriva înscrisului, făcându-se abstracție de autorul contrafacerii sau alterării. Prin urmare, în dreptul civil, persoana plastografului nu are nici un fel de relevanță, iar pentru stingerea drepturilor și obligațiilor izvorâte din conținutul înscrisului, este suficient să se demonstreze că acesta este fals. O astfel de cercetare este incidentă celei de natură penală, chiar dacă aceasta din urmă a fost declanșată în cursul și cu ocazia unui proces civil. Mai mult decât atât, acțiunea penală suspendă cursul acțiunii civile, potrivit regulii „penalul ține în loc civilul”².

O altă diferență esențială între falsul din domeniul dreptului civil și cel al dreptului penal constă în aceea că, în timp ce acțiunea civilă inițiată de prezentarea unui înscris se încheie în momentul în care s-a probat că acesta este fals, acțiunea penală nu se finalizează decât după identificarea și probarea vinovăției falsificatorului. Așadar, dacă în dreptul civil persoana făptuitorului nu prezintă interes, în dreptul penal identificarea acesteia condiționează însăși finalizarea procesului penal.

¹ Boboș Laurențiu –op. cit., pag. 168.

² La Grande Encyclopedie, pag. 469.

Stabilirea adevărului în cauzele aduse spre cercetare în fața organelor judiciare, reprezintă o cerință esențială pentru desfășurarea procesului penal. Legea procesual-penală arată că atunci „când pentru lămurirea unor fapte sau împrejurări ale cauzei, în vederea aflării adevărului, sunt necesare cunoștințele unui expert, organul de urmărire penală sau instanța de judecată dispune la cerere sau din oficiu, efectuarea unei expertize”. Din acest punct de vedere, examinarea criminalistică a documentelor scrise în legătură cu care există suspicuni de fals, apare ca o condiție indispensabilă aflării adevărului, întrucât reclamă întotdeauna o anumită competență științifică, anumite cunoștințe de specialitate, care fac necesară apelarea la serviciile unui specialist sau expert în domeniu.

În activitatea criminalistică, examinarea documentelor se referă mai frecvent la: documente privind evidența și circulația mărfurilor, documente referitoare la desfășurarea procesului de producție, formulare de transport, documente C.E.C., bilete loto-pronosport sau alte jocuri acceptate oficial, state de plată, documente de identitate, de studii, certificate medicale, texte bătute la mașină sau obținute cu ajutorul computerului, bilete de bancă, timbre și alte valori, sigilii, ștampile, testamente olografe, în general, majoritatea obiectelor materiale ale infracțiunii de fals.

Frecvența mare cu care se apelează la cercetarea criminalistică a documentelor se explică prin aceea că:

- în documentele scrise se consemnează activitățile sociale și economice complexe din societate;
- înscrisurile sunt admise ca mijloace de probă în justiție;
- actele scrise pot forma chiar obiectul material al infracțiunilor de fals;
- cercetarea lor contribuie la modernizarea mijloacelor de probă, absolut necesare pentru descoperirea infracțiunilor și identificarea infractorilor.

Examinarea documentelor scrise reprezintă un domeniu distinct al expertizei criminalistice și se desfășoară pe două direcții principale: a) identificarea persoanei după scrisul de mână și b) examenul tehnic al documentelor. Deseori, în practica judiciară se întâlnesc situații în care pentru lămurirea stărilor de fapt și împrejurărilor în care s-a săvârșit infracțiunea, este necesară o cercetare complexă a documentelor scrise, atât sub aspect grafoscopic, cât și al sub aspect tehnic¹.

Organul judiciar are libertate deplină în aprecierea raportului de expertiză și a concluziilor pe care le conține acesta. Această libertate de apreciere este necesară întrucât cu toate progresele considerabile ale științei, experții pot fi supuși greșelii, aspect care generează uneori grave erori judiciare². Aprecierea se face în raport cu ansamblul probelor administrate în cauză și trebuie să aibă în vedere în primul rând, verificarea îndeplinirii următoarelor condiții:³

a) respectarea dispozițiilor legale privitoare la competența organului care a dispus expertiza, la drepturile și obligațiile experților, ale învinuților, inculpaților și ale celorlalte părți în procesul penal;

¹ Actele scrise sunt supuse și altor categorii de examinări, cum sunt cele contabil-judiciare, arhivistice, lingvistice etc. care exced însă cadrul expertizei criminalistice.

² P. E. Trousse, *Nouvelles, Droit penal*, vol.II, nr. 3658; N.Volonciu, op. cit., pag.394

³ Simion Ionescu, *Criterii de apreciere și valorificare ale expertizelor criminalistice în procesul penal*, în *Prezent și perspectivă în știința criminalistică*, Editura M.I., București, 1979, pag.49.

b) determinarea corectă a obiectului expertizei și pregătirea corespunzătoare a organului care o dispune, a materialelor necesare expertului pentru întocmirea lucrării;

c) caracterul științific al metodologiei de examinare folosite de expert și al concluziilor formulate.

Uneori, concluziile expertizei sunt îndoielnice nu din vina expertului, ci datorită modului defectuos în care au fost formulate întrebările: întrebări care nu au legătură cu obiectul expertizei, sau care sunt confuze, echivoce ori necesită cunoștințe de specialitate dintr-un alt domeniu de activitate decât cel în care lucrează expertul.

Organul judiciar are obligația de a verifica inclusiv modul în care au fost respectate cerințele privitoare la autenticitatea, cantitatea și calitatea materialelor puse la dispoziția expertului. Concluziile formulate prin examinarea unor materiale și obiecte care nu provin în mod cert din infracțiunea ce face obiectul cauzei în care s-a dispus expertiza, ori de la persoanele implicate în aceasta, vor fi considerate netemeinice¹.

Temeinicia științifică a unui raport de expertiză este condiționată de:

- folosirea de către expert doar a cunoștințelor științifice proprii domeniului în care este pregătit din punct de vedere profesional, nu și din alte domenii în care nu este specialist;

- examinarea multilaterală și complexă a tuturor materialelor puse la dispoziția expertului. Aceasta presupune utilizarea unei game cât mai largi de metode și procedee de examinare, fiind necesar ca ele să conducă la același rezultat;

- modul în care concluziile expertului se sprijină pe constatările pe care le-a făcut cu prilejul examinărilor comparative.

Concluziile experților nu trebuie să fie subapreciate, dar nici supraapreciate, deoarece este posibil ca în mod obiectiv, datorită materialelor ori datelor insuficiente care le-au fost puse la dispoziție, aceștia să nu poată ajunge la o concluzie satisfăcătoare pentru organele judiciare.²

Pe de altă parte, în aprecierea concluziilor, organul judiciar trebuie să aibe în vedere că nu orice alterare a unui document scris, constatată și demonstrată în mod științific de expert, reprezintă în mod obligatoriu un fals. Aceasta deoarece documentul poate fi supus nu numai unor manopere frauduloase de alterare, ci și unor acțiuni voluntare sau involuntare, care nu se urmăresc modificarea efectelor pe care le produce, dar care creează aparența unor alterări frauduloase. Astfel, în cazul unei semnături executate de către o altă persoană decât titularul, dar cu consimțământul acestuia, alterarea în sens tehnic există, dar nu se poate concluziona că documentul pe care se află semnătura este fals. De asemenea, în cazul unor corecturi sau adăugiri, executate chiar de către o altă persoană decât redactorul actului și cu alt instrument de scris, nu se va reține falsul, ci doar alterarea de ordin tehnic, dacă cealaltă sau celelalte părți au fost de acord cu toate aceste elemente noi. Totodată, pătrările accidentale ale actului, chiar însoțite de radieri, spălări sau corodări, nu vor fi considerate falsuri, deși elemente de alterare tehnică există.

Deosebirea dintre alterările frauduloase și alterările care nu cad sub incidența legii penale, este adeseori extrem de dificilă. Semnificația juridică a falsului impune o examinare complexă, cu tehnici adecvate, care nu sunt la îndemâna organului judiciar. Din

¹ Simion Ionescu, op. cit., pag. 50, 51.

² V. Dongoroz și colectiv, op. cit., pag. 284

acest considerent, este necesar ca cercetarea documentului să fie făcută de specialiști sau experți în domeniu, în cadrul unei expertize criminalistice.

Sub aspect probatoriu, concluziile la care a ajuns organul judiciar prin desfășurarea altor activități de urmărire penală, trebuie să fie susținute de concluziile raportului de constatare tehnico-științifică sau de expertiză criminalistică. Pe de altă parte, concluziile specialistului sau expertului criminalist nu sunt întotdeauna suficiente pentru demonstrarea falsului, fiind necesar ca ele să fie verificate și apreciate în contextul întregului material probator existent la dosarul cauzei, pentru că numai în acest fel pot fi conturate intenția și scopul acțiunilor întreprinse de plastograf. Avem în vedere aici, de exemplu, furtul de semnătură (dar nu numai), caz în care semnătura aparține în mod formal titularului, dar pentru că ea nu a fost depusă pentru a atesta conținutul înscrisului, suntem de fapt în prezența unui fals. Așadar, organul judiciar este singurul în măsură să aprecieze dacă prin acțiunile de alterare a unui anumit document, acesta poate fi considerat sau nu ca fiind fals.

BIBLIOGRAFIE SELECTIVĂ

1. Codul penal
2. Codul de procedură civilă
3. E. Stancu - Criminalistica, Editura Didactică și Pedagogică R.A., București, 1993
4. Dumitru Sandu – Falsul în acte, Lumina Lex, București, 1994
5. Lucian Ionescu – Expertiza criminalistică a scrisului, Editura Junimea, Iași, 1973
6. Ion Neagu – Drept procesual penal, Editura Academiei Române, București, 1989
7. V. Dongoroz și colectiv - Explicații teoretice ale Codului Penal român, vol. IV, Partea specială, Editura Academiei Române, București, 1972
8. Boboș Laurențiu – Falsul în acte și aportul expertizei documentelor în stabilirea lui, în revista „Probleme de criminalistică și criminologie”, nr.1-2 (13-14), 1984
9. Simion Ionescu, Criterii de apreciere și valorificare ale expertizelor criminalistice în procesul penal, în Prezent și perspectivă în știința criminalistică, Editura M.I., București, 1979

ARGUMENTE IN SPRIJINUL SOLUTIEI DE PRINCIPIU ADOPTATA LA DATA DE 26.05.2008 DE JUDECATORII SECTIEI DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV SI FISCAL A INALTEI CURTI DE CASATIE SI JUSTITIE

Conf. univ. dr. LIVIU GIURGIU

Lect. univ. drd. CRISTIAN GIUSEPPE ZAHARIE

La fel ca si unii autori care si-au exprimat opiniile critice in legatura cu actuala reglementare legala a contenciosului administrativ in Romania, am considerat ca regimul juridic al exceptiei de nelegalitate instituit se indeparteaza prea mult de conceptia traditionala si prezinta o serie de dezavantaje atat pentru subiectii de drept care vor recurge la utilizarea acestui mijloc de aparare, cat si pentru instantele judecatoresti de contencios administrativ implicate in aplicarea legii organice. Inainte de modificarile aduse articolului 4 din Legea nr.554/2004, prin Legea nr.262/2007, practica judecatoreasca la nivelul instantei supreme, impartasita de curtile de apel a fost unitara. S-a stabilit astfel, ca sunt inadmisibile exceptiile de nelegalitate ridicate in privinta actelor administrative unilaterale, cu caracter individual, emise anterior datei la care Legea nr.554/2004 a intrat in vigoare avandu-se in vedere aceleasi argumente care au fost prezentate in sustinerea exceptiilor de neconstitutionalitate, respinse de Curtea Constitutionala prin deciziile nr.425 si nr.426 din 10.04.2008. Potrivit dispozitiilor art.4 alin.1 din Legea 554/2004 legalitatea unui act administrativ unilateral poate fi cercetata oricand in cadrul unui proces, pe cale de exceptie, din oficiu sau la cererea partii interesate, iar in conformitate cu prevederile art.II alin.2 teza finala din Legea nr.262/2007, exceptia de nelegalitate poate fi invocata si pentru actele administrative unilaterale emise anterior intrarii in vigoare a Legii nr.554/2004, in forma sa initiala, cauzele de nelegalitate urmand a fi analizate prin raportare la dispozitiile legale in vigoare la momentul emiterii actului administrativ. Prin deciziile nr.425 si nr.426 din aprilie 2008 Curtea Constitutionala a stabilit ca dispozitiile art.4 alin.1 din Legea nr.554/2004 modificata, sunt constitutionale in raport cu mai multe texte de legi fundamentale dupa cum urmeaza: art.1 alin.5, art.15 alin.2, art.16 alin.1, art.20 alin.2, art.2, art.32, art.44.

Dar, in ceea ce priveste interpretarea si aplicarea dispozitiilor cuprinse in art.4 alin.1 din Legea contenciosului administrativ nr.554/2004, respectiv a celor continute in art.II alin.2 teza finala din Legea nr.262/2007, care reprezinta temeiul de drept al invocarii exceptiei de nelegalitate a actelor administrative unilaterale cu caracter individual, emise anterior intrarii in vigoare a legii, magistratii instantei supreme au apreciat, in majoritate, ca revine judecatorului national rolul de a aprecia, pe de-o parte, in sensul art.20 alin.2 al Constitutiei republicate, asupra eventualei prioritati a tratatelor referitoare la drepturile fundamentale ale omului la care Romania este parte, iar pe de alta parte, in sensul art.148 alin.2 din Constitutie, care a consacrat caracterul prioritar al prevederilor tratatelor constitutive ale Uniunii Europene si a celorlalte reglementari comunitare obligatorii fata de dispozitiile contrare din legile interne¹.

¹ G.V. Barsan-Nota intitulata "Posibile argumente in sprijinul solutiei de principiu adoptata in sedinta Plenului judecatorilor Sectiei de contencios administrativ si fiscal din 26 mai 2008 cu privire

În calitate de prim judecător al Convenției Europene a Drepturilor Omului, judecătorul național are obligația de a “asigura efectul deplin al normelor acestora asigurându-le preeminența față de orice altă prevedere contrară din legislația națională, fără a fi nevoie să aștepte abrogarea acestora de către legiuitor”. În legătură cu rolul ce revine judecătorului național, în calitate de prim judecător comunitar, Curtea de Justiție de la Luxemburg a statuat că, este de competența instanței naționale să asigure pe deplin aplicarea dreptului comunitar interpretând sau aplicând, în măsura necesară, un act normativ național care s-ar putea opune. Instanța națională poate pune în aplicare principiile comunitare ale securității juridice și protecției încrederii legitime în aprecierea comportamentului atât al beneficiarilor fondurilor pierdute, cât și al autorităților administrative, cu condiția ca interesul Comunității să fie pe deplin luat în considerare. Iată de ce, s-a apreciat că în exercitarea rolului ce revine judecătorului național, prin raportare la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, la practica CEDO, la reglementările comunitare actuale și la jurisprudența Curții de Justiție de la Luxemburg, este necesar ca judecătoria Înaltei Curți de Casație și Justiție să înlăture aplicabilitatea acestor dispoziții din legea contenciosului administrativ, care permit cenzurarea fără limită în timp pe calea incidentala a excepției de nelegalitate, a actelor administrative unilaterale, cu caracter individual emise înainte de intrarea în vigoare a Legii nr.554/2004, reținând că dispozițiile respective contravin unor principii convenționale și comunitare a căror respectare asigură exercitiul real al drepturilor omului. S-a mai considerat că dispozițiile art.4 alin.1) din Legea nr.554/2004, astfel cum au fost modificate ulterior prin Legea nr.262/2007, și cele cuprinse în art.II alin.2) teza finală din Legea nr.262/2007, în măsura în care permit controlul judiciar al legalității actelor administrative unilaterale cu caracter individual emise anterior intrării în vigoare a Legii nr.554/2004, nesocotesc dreptul persoanei la un proces echitabil, consacrat în art.6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și în practica CEDO, precum și în art.47 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, prin prisma atingerii aduse “principiului securității juridice, care este implicat în totalitatea articolelor Convenției și care constituie unul din elementele fundamentale ale statului de drept” (CEDO, Hotărârea din 6 decembrie 2007, pronunțată în cauza Beian contra României).

Or, sub aspectul posibilității de cenzurare a legalității unui act juridic, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut că posibilitatea de a anula fără limită de timp o hotărâre judecătorească irevocabilă reprezintă o încălcare a principiului securității juridice (CEDO, Hotărârea din 28 octombrie 1999 în cauza Brumarescu C/a României, în M.Of.,nr.414 din 31 august 2000), iar în opinia separată la această hotărâre s-a formulat o nuanțare în sensul că “atunci când, încălcarea acestui principiu (n.n-al securității raporturilor juridice) se datorează posibilității de a anula, fără limită de timp, o hotărâre definitivă, obligatorie și executată,.....încălcarea trebuie considerată ca o înfrângere a “dreptului la justiție” garantat de art.6 din convenție”. Constatăm că validitatea argumentelor invocate de CEDO în cauza menționată este susținută de similitudinea de efecte juridice care există între o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă și actul administrativ individual ce nu mai poate fi revocat de către autoritatea publică emitentă și definitivat prin neutilizarea mijloacelor prevăzute de legislația anterioară intrării în vigoare

la înlăturarea aplicării dispozițiilor art.4 alin.1 din Legea nr.554/2004 modificată prin Legea nr.262/2007.

a Legii nr.554/2004. La randul sau, Curtea de Justitie de la Luxemburg a retinut, cu referire la posibilitatea de invocare a exceptiei de nelegalitate a actelor care emana de la institutii comunitare ca, atunci cand partea indreptatita sa introduca o actiune impotriva unui atare act depaseste termenul limita pentru formularea acestei actiuni, trebuie sa accepte faptul ca I se va opune caracterul definitiv al actului respectiv si nu va mai putea solicita in instanta, controlul de legalitate al acelui act, nici chiar pe calea incidentala a exceptiei de nelegalitate (Hotararea din 27 septembrie 1983, Universität Hamburg (C-216/82 punctul 5 si urmatoarele), hotararea din 9 martie 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, punctul 10 si urmatoarele), hotararea din 12 decembrie 1996, Accrington Beef si altii (C-241/95, punctul 14 si urmatoarele), hotararea din 30 ianuarie 1997, Wilo (C-178/95, punctul 15 si urmatoarele), hotararea din 11 noiembrie 1997, Eurotunnel si altii (C-408/95 punctul 26 si urmatoarele), hotararea din 15 februarie 2001, Nachi Europe (C-239/99, punctul 28 si urmatoarele), hotararea din 20 septembrie 2001, Banks (C-390/98, punctul 109 si urmatoarele), hotararea din 23 februarie 2006, Atzeni si altii (C-346/03 si C-529/03, punctul 30 si urmatoarele). Exista asadar, argumente puternice pe baza carora sa se aprecieze de catre judecatorii Inaltei Curti de Casatie si Justitie ca normele analizate ale Legii nr.554/2004, cu modificarile si completarile ulterioare, care permit repunerea in discutie, in mod repetat si fara limita de timp, a legalitatii oricarui act administrativ unilateral cu caracter individual, indiferent de data emiterii sale, incalca principiile si drepturile fundamentale aratate. De asemenea, ele contravin practicii Curtii Europene a Drepturilor Omului si a Curtii de Justitie de la Luxemburg adoptata in situatii juridice similare, cu atat mai mult cu cat in privinta actelor administrative individuale, admiterea exceptiei de nelegalitate produce efecte identice, ca intindere si continut cu masura anularii actului respectiv. Consecventi propriilor opinii exprimate in sedinta Plenului judecatorilor Sectiei de contencios administrativ si fiscal a Inaltei Curti de Casatie si Justitie din 26 mai 2008, acestia au pronuntat ulterior mai multe decizii prin care au respins exceptiile de nelegalitate invocate in cauzele cu care fusesera sesizati. Dintre acestea, mentionam cu titlu exemplificativ, deciziile nr.2547 din 19 iunie 2007, nr.2786 din 18 iulie 2007 si nr.2885 din 16 septembrie 2008. Consideram insa, ca argumentele invocate in sprijinul celor doua hotarari judecatoresti, inclusiv acela ca cererea formulata de autorul exceptiei de nelegalitate este lipsita de temei legal, iar exceptia nefondata, justificau solutia de respingere a acesteia ca inadmisibila, iar nu ca nefondata.

UNELE CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA DREPTUL LA APĂRARE ÎN JURISPRUDENȚA EUROPEANĂ

MARIETA-VALERICA DUMITRESCU
consilier parlamentar - Camera Deputaților

Abstract: Observance of the right to be heard is a fundamental principle of community law which must be guaranteed even in the absence of any rules governing the procedure in question. The principle of the right to be heard requires that the person against whom an administrative procedure has been initiated must have been afforded the opportunity, during that procedure, to make known his/her views on the truth and relevance of the facts and circumstances alleged and on the documents used by the Commission to support its claim that there has been an infringement of community law. If this is not the case, the Commission may not use that information in its decision.

Keywords: right to be heard; community law; jurisprudence; European Court of Justice

Dreptul la apărare constituie un drept fundamental de tradiție, încadrat în mod obișnuit în prima generație de drepturi pentru garantarea căruia statul trebuie să se abțină de la orice ar putea limita posibilitățile unei persoane de a se apăra în instanță. Garantarea dreptului la apărare constituie o obligație ce revine statului. Ea se află în strânsă corelație cu principii procesuale fundamentale, precum cel al legalității, al aflării adevărului, al rolului activ al organelor judiciare, ce trebuie să stabilească și aspectele favorabile părților etc. Toate aceste veritabile obligații stabilite pentru organele judiciare fac ca protecția părților să fie una reală, credibilă. În sens larg, dreptul de apărare nu exclude posibilitatea părților de a se apăra singure în decursul procesului, precum și obligația organelor judiciare de a avea în vedere din oficiu și aspectele favorabile părților prezente în proces. Și jurisprudența Curții Europene de Justiție a făcut aplicarea principiilor generale ce vizează dreptul la apărare, atât în procedurile administrative, cât și în derularea celorlalte proceduri, după cum vom arăta în continuare.

1. În cauza 234/84 (European Court Reports 1986, p. 2263), Regatul Belgiei împotriva Comisiei Comunităților Europene, prin Hotărârea Curții din 10 iulie 1986 s-a reținut că în toate procedurile inițiate împotriva unei persoane, care sunt susceptibile de a culmina cu o măsură ce ar putea afecta negativ acea persoană, respectarea dreptului la apărare constituie un principiu fundamental al dreptului comunitar, care trebuie garantat chiar și în absența unei reguli care să guverneze procedura în cauză. Acest principiu impune ca oricărei persoane împotriva căreia a fost inițiată o procedură administrativă să-i fie acordată posibilitatea ca, în timpul derulării acelei proceduri, să-și facă cunoscute opiniile cu privire la adevărul și relevanța faptelor și circumstanțelor imputate și cu privire la documentele folosite de Comisie pentru a-și argumenta susținerea că există o încălcare a dreptului comunitar. Dacă persoanei interesate nu i s-a acordat posibilitatea de a face comentarii cu privire la documentele conținând informații care cad sub incidența confidențialității în afaceri, Comisia nu poate folosi acele informații în fundamentarea deciziei sale.

Astfel, Guvernul belgian a susținut că nu i s-a arătat identitatea părților de către Comisie, părți care, potrivit deciziei contestate, împărtășeau aceeași preocupare, și nici

conținutul plângerilor formulate de acestea. Pe cale de consecință, acesta nu a putut să-și pregătească apărarea în mod eficient. Acesta susține că, prin acțiunea sa, Comisia a încălcat o cerință procedurală esențială, în sensul art. 173 din Tratat. Guvernul belgian a respins opinia potrivit căreia obligația de a nu divulga informații referitoare în special la societățile implicate impune ca procedura administrativă să fie secretă. Este paradoxal ca un stat membru afectat de o procedură inițiată în temeiul art. 93 din Tratat să primească mai puține informații decât un stat terț care este subiect al procedurii prevăzute de Regulamentul Consiliului nr. 2176/84 din 23 iulie 1984 (Jurnalul Oficial 1984, L 201, p. 1). Comisia a reținut că, în cazul ajutoarelor de stat, nu există nici o procedură contradictorie comparabilă cu cele aplicabile societăților în materie de concurență sau țărilor terțe în materie de dumping și subsidii. Transmiterea unei notificări, în cadrul procedurii referitoare la ajutoarele de stat are ca unic obiectiv să dea Comisiei posibilitatea să primească toate informațiile necesare pentru a evalua compatibilitatea ajutorului de stat cu piața comună. Statul membru interesat nu se bucură de o poziție privilegiată în cadrul procedurii inițiate în temeiul art. 93 alin. (3). Astfel cum a susținut și Curtea, în Hotărârea din 13 februarie 1979 (cauza 85/76, Hoffmann-La Roche împotriva Comisiei, European Court Reports 1979, p. 461), respectarea dreptului la apărare este, în toate procedurile inițiate împotriva unei persoane care s-ar putea finaliza prin adoptarea unei măsuri ce ar putea afecta negativ acea persoană, un principiu fundamental al dreptului comunitar, care trebuie garantat, chiar și în absența unei reguli care să guverneze procedura în cauză. Curtea a susținut constant că, pentru a se asigura respectarea dreptului la apărare, persoanei împotriva căreia a fost inițiată o procedură administrativă trebuie să-i fie acordată posibilitatea ca, în timpul derulării acelei proceduri, să-și facă cunoscute opiniile cu privire la adevărul și relevanța faptelor și circumstanțelor imputate și cu privire la documentele folosite de Comisie pentru a-și argumenta susținerea că există o încălcare a dreptului comunitar. Indicând, în decizia sa, că guvernele a două state membre și două asociații comerciale din sectorul în cauză împărtășeau preocuparea sa cu privire la ajutorul de stat belgian, Comisia a lăsat impresia, de fapt, că folosisese aceste documente pentru a-și argumenta decizia că ajutorul în cauză era incompatibil cu piața comună și că, astfel, ar trebui anulat.

În legătură cu aceasta, Comisia nu se poate baza pe existența, în aceste documente, a unor informații care cad sub incidența principiului confidențialității în afaceri. Deoarece statului membru interesat nu i-a fost acordată posibilitatea de a face comentarii asupra informațiilor respective, Comisia nu le poate folosi în fundamentarea deciziei cu privire la acel stat. Totuși, rezultă din afirmațiile făcute mai sus de Curte cu privire la cea de-a doua susținere a Guvernului belgian, că decizia contestată este suficient argumentată de informațiile obiective indicate în motivarea pe care se fundamentează, față de care Guvernul belgian a fost în cunoștință de cauză, dându-i-se posibilitatea de a formula un răspuns. Rezultă că decizia nu ar fi fost afectată în mod substanțial, chiar și în prezența comentariilor pe care Comisia le-a primit de la părțile interesate, în cursul derulării procedurii înaintea Curții. În aceste condiții, simplul fapt că aceste comentarii au fost menționate de Comisie în decizia sa, fără ca aceasta să fi dat posibilitatea statului membru de a se pronunța asupra lor, nu justifică declararea nulității deciziei.

2. În cauza 259/85 (European Court Reports, 1987, p. 4393), Republica Franceză împotriva Comisiei Comunităților Europene, prin Hotărârea Curții din 11 noiembrie 1987

s-a reținut că respectarea dreptului la apărare, în toate procedurile inițiate împotriva unei persoane care se pot finaliza cu luarea unei măsuri ce ar putea afecta negativ acea persoană, constituie un principiu fundamental al dreptului comunitar, garantat chiar și în absența unei reglementări specifice. Acest principiu impune ca statul membru în cauză să aibă posibilitatea efectivă de a-și prezenta punctul de vedere cu privire la observațiile făcute de terții interesați, în temeiul art. 93 alin. (2) din Tratat, și pe care Comisia le ia în considerare în fundamentarea deciziei sale. Dacă statului membru nu i-a fost acordată posibilitatea de a formula un răspuns cu privire la aceste observații, Comisia nu le poate folosi într-o decizie împotriva respectivului stat, fără să încalce dreptul la apărare. Pentru ca o astfel de încălcare să ducă la nulitate, trebuie să se stabilească, totuși, că, dacă nu ar fi existat acea încălcare, rezultatul procedurii ar fi fost diferit. Guvernul francez a pus în discuție două aspecte. În primul rând, acesta susține că a fost luată o decizie a Comisiei, în principiu nefavorabilă, înainte de comunicarea modalităților pentru implementarea ajutorului propus, la data de 18 aprilie 1985, și că decizia contestată a fost adoptată în absența unui dialog aprofundat, prealabil, cu Guvernul francez. În al doilea rând, Guvernul francez susține că a fost împiedicat să răspundă obiecțiilor formulate de cele trei state membre și de o federație germană a societăților din industria de textile, care nu i-au fost comunicate și care, totuși, au fost folosite și menționate în decizie. Procedura în cauză face parte dintr-o serie de schimburi de păreri între părți cu privire la ajutorul acordat industriei textile în Franța. Punctul de vedere general al Comisiei era cunoscut Guvernului francez încă de la decizia din 20 iulie 1983 cu privire la regimul de ajutoare anterior. După comunicarea regimului, la 5 iulie 1984, și chiar după notificarea, la 18 aprilie 1985, a modalităților de aplicare a acestuia, au avut loc discuții între părți, în cadrul procedurii inițiate de Comisie la 30 iulie 1984. Deși Comisia a apreciat în mod corect regimul francez, prin raportare la politica sa generală asupra ajutoarelor de stat în industria textilă a Comunității ca întreg, motivația din preambulul deciziei demonstrează faptul că aceasta a examinat atât situația industriei textile din Franța, cât și modalitățile de aplicare a noului regim francez. Niciun element al dosarului nu sprijină concluzia conform căreia Comisia își stabilise poziția definitivă înainte ca aceste modalități să îi fie notificate, sau că Guvernul francez nu a avut ocazia de a-și prezenta punctul de vedere în această privință în cursul procedurii administrative. Curtea a afirmat în mod constant prin jurisprudența sa, în special prin hotărârile din 10 iulie 1986, Regatul Belgiei/Comisia, 234/84 și 40/85, Rec. 1986, p. 2263 și 2321, că, în toate procedurile inițiate împotriva unei persoane care sunt susceptibile de a se finaliza cu o măsură ce ar afecta în mod negativ acea persoană, respectarea dreptului la apărare este un principiu fundamental al dreptului comunitar, care trebuie garantat chiar și în absența unei reglementări specifice. În aceste hotărâri, Curtea a recunoscut că acest principiu impune ca statul membru în cauză să aibă posibilitatea efectivă de a-și face cunoscută poziția cu privire la observațiile pe care terții interesați le-au prezentat în temeiul art. 93 alin. (2), și pe care Comisia își fundamentează decizia.

Curtea a susținut, în continuare, că dacă statului membru nu i s-a permis să formuleze un răspuns cu privire la acele observații, Comisia nu le poate folosi în motivarea deciziei sale împotriva respectivului stat. Pentru ca o astfel de încălcare a dreptului la apărare să dea naștere unei anulări a deciziei, trebuie să se stabilească, totuși, dacă în absența acestei încălcări, rezultatul procedurii ar fi fost diferit. În acest context, trebuie remarcat faptul că observațiile în cauză nu conțin nimic altceva decât câteva argumente prezentate succint. Cât privește elementele acestei argumentări, care au fost încorporate în motivarea

Comisiei, acestea au fost elaborate și susținute prin statistici și indicatori economici strânse de Comisie, și cunoscute de Guvernul francez. În aceste condiții, faptul că Guvernul francez nu a avut posibilitatea de a comenta pe marginea acestor observații nu este de natură a influența rezultatul procedurii administrative.

3. În Cauza C-49/88 (European Court Reports 1991, p. I-3187), prin Hotărârea Curții (a șasea Cameră) din 27 iunie 1991, s-a reținut că dreptul la apărare, ca principiu fundamental, trebuie respectat nu numai în cadrul procedurilor administrative susceptibile de a impune sancțiuni, ci și în cadrul procedurilor de anchetă, astfel cum sunt cele anterioare adoptării reglementărilor antidumping, care, în ciuda domeniului general de aplicare, pot afecta direct și individual societățile interesate și pot avea consecințe nefavorabile pentru acestea. În ceea ce privește protecția împotriva practicilor antidumping, orice acțiune a instituțiilor Comunității trebuie să fie cu atât mai scrupuloasă cu cât, în stadiul actual al dezvoltării sale, reglementarea antidumping nu furnizează toate garanțiile procedurale pentru protecția individului care ar putea exista în anumite sisteme de drept.

În aducerea la îndeplinire a obligației de informare prevăzute de art. 7 alin.(4) lit. b) din Regulamentul nr. 2176/84, instituțiile Comunității trebuie să acționeze cu toată diligența necesară, încercând să furnizeze societăților interesate, respectând și obligația de a nu divulga secrete de afaceri, indicații utile pentru apărarea intereselor lor, și alegând, dacă este necesar chiar și din proprie inițiativă, mijloacele potrivite pentru această comunicare. În orice caz, în cadrul procedurii administrative, societățile interesate trebuie să fi fost în măsură să-și facă efectiv cunoscut punctul de vedere cu privire la corectitudinea și relevanța faptelor și circumstanțelor imputate, precum și cu privire la dovezile prezentate de Comisie în sprijinul afirmațiilor cu privire la existența unei practici de dumping și a prejudiciului rezultat. Deși, în temeiul art. 7 alin. (4) lit. c) pct. ii) din Regulamentul nr. 2176/84, informația solicitată poate fi furnizată pe cale orală, această facilitate nu exonerează instituțiile Comunității de obligația de a se asigura că au probe care să le permită să facă dovada că o astfel de informație a fost cu adevărat comunicată. Deși este adevărat că informația privind quantumul dreptului definitiv este esențială, nu se aplică același regim și pentru tipul de drept reținut și pentru metoda de calcul a acestuia, fie și numai pentru că alegerea între diferitele tipuri de drepturi antidumping nu are, în principiu, nici un efect cu privire la quantumul final al acestui drept. Lipsa unei astfel de informații nu poate fi, ca atare, considerată drept o încălcare a dreptului la apărare. În sprijinul recursului lor, reclamantele au invocat și încălcarea dreptului la apărare. În susținerea acestui motiv, au afirmat că nu au fost informate din timp cu privire la motivele pentru care Consiliul a apreciat că cererea acestora de compensare pentru diferențele de nivel comercial și de cantități vândute în Arabia Saudită și în Comunitate nu a putut fi acceptată. Acestea susțin, de asemenea, că nu au fost informate în timp util cu privire la schimbarea tipului de drept antidumping impus, că nu au primit nici un răspuns cu privire la întrebările referitoare la determinarea pragului de prejudiciu și că suma acordată de Comunitate cu titlu de compensări pentru depozitare era insuficientă. Trebuie adăugat că, în ceea ce privește dreptul la apărare, orice acțiune a instituțiilor Comunității trebuie să fie cu atât mai scrupuloasă cu cât, în stadiul actual al dezvoltării sale, reglementarea în cauză nu furnizează toate garanțiile procedurale pentru protecția individului care ar putea exista în anumite sisteme de drept naționale. În consecință, în aducerea la îndeplinire a obligației

de informare, instituțiile Comunității trebuie să acționeze cu toată diligența necesară, astfel cum a precizat Curtea în hotărârea din 20 martie 1985, Timex/Consiliul, 264/82, Rec. 1985, p. 849, 870, încercând să furnizeze societăților interesate, respectând și obligația de a nu divulga secrete de afaceri, indicații utile pentru apărarea intereselor lor, și alegând, dacă este necesar chiar și din proprie inițiativă, mijloacele potrivite pentru această comunicare. În orice caz, în cadrul procedurilor administrative, societățile interesate trebuie să fi fost în măsură să-și facă efectiv cunoscut punctul de vedere cu privire la corectitudinea și relevanța faptelor și circumstanțelor imputate, precum și cu privire la dovezile prezentate de Comisie în sprijinul afirmațiilor cu privire la existența unei practici de dumping și a prejudiciului rezultat. Niciun element al dosarului nu demonstrează că instituțiile Comunității s-au achitat de obligația de a pune la dispoziția reclamantelor toate informațiile care le-ar fi permis să-și apere efectiv interesele.

4. În Cauza T-23/03 (European Court Reports 2007, vol. II, p. 289), CAS SpA împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (a cincea Cameră) din data de 6 februarie 2007 a stabilit că în cadrul unei proceduri administrative în domeniul remiterii drepturilor de import, principiul respectării dreptului la apărare presupune doar ca persoana interesată să poată să își facă cunoscut în mod util punctul de vedere asupra elementelor de la dosar, între care sunt incluse documentele reținute împotriva sa de Comisie în vederea întemeierii deciziei sale. Acest principiu nu reclamă acordarea de către Comisie, din proprie inițiativă, a accesului la toate documentele ce au o legătură eventuală cu cazul de speță cu care este sesizată în cadrul unei cereri de remitere. Dacă persoana interesată consideră că asemenea documente sunt utile în vederea demonstrării, în privința sa, a existenței unei situații speciale și/sau a absenței unei neglijențe evidente sau a dolului, este în sarcina sa să solicite accesul la aceste documente în conformitate cu dispozițiile ce au fost adoptate de către instituții în temeiul art. 255 din Tratatul CE. Comisia este obligată să acorde acces la toate documentele administrative neconfidențiale privind decizia atacată numai în urma cererii părții interesate. Prin urmare, în absența unei asemenea solicitări, nu există acces automat la documentele de care dispune Comisia. Reclamanta susține că dreptul său la apărare a fost încălcat în cursul procedurii administrative. Aceasta arată, că, deși a avut acces la dosarul ce conținea elementele pe baza cărora Comisia și-a întemeiat decizia atacată, cu toate acestea, nu a avut acces la documente de o importanță decisivă pentru aprecierea globală făcută de Comisie asupra situației. În plus, anumite documente pe care a putut să le consulte s-au dovedit a fi incomplete. În sfârșit, analiza dosarului nu i-ar fi permis să distingă documentele considerate ca fiind confidențiale de cele care nu erau confidențiale și nici să deosebească criteriile utilizate în acest scop. În primul rând, reclamanta susține că nu i-au fost transmise următoarele acte de la dosar: 1) procesele-verbale integrale ale misiunilor UCLAF în Turcia, 2) ansamblul corespondenței schimbate între UCLAF și Comisie cu Reprezentanța Permanentă turcă și cu autoritățile competente din Turcia, 3) ansamblul corespondenței între Comisie și/sau UCLAF și autoritățile vamale naționale, în special autoritățile vamale italiene, și 4) procesele-verbale de ședință ale Comitetului de cooperare vamală privind certificatele A.TR.1 considerate nevalabile sau false în cadrul exporturilor de concentrate de sucuri de fructe și de alte mărfuri originare din Turcia.

În replică, reclamanta susține, pe de altă parte, că nu a putut strânge informațiile privind misiunea UCLAF în Turcia în cursul lunii octombrie 1998 la care se referă

Comisia în considerentul 32 al deciziei atacate. Potrivit reclamantei, din consultarea dosarului reiese doar că, între 13 și 14 octombrie 1998, a avut loc o întâlnire între UCLAF și Reprezentanța Permanentă turcă, această întâlnire fiind menționată într-o scrisoare a UCLAF din 21 octombrie 1998. Reclamanta afirmă că nu a luat cunoștință nici de scrisorile adresate de UCLAF către Reprezentanța Permanentă turcă datate 1 și 9 decembrie 1998 și menționate de Comisie în memoriul în apărare. Reclamanta susține că documentele pe care le menționează nu prezintă doar o legătură eventuală ci, dimpotrivă, directă și foarte strânsă cu aspectul dacă certificatele în litigiu sunt într-adevăr false sau doar nevalabile. În al doilea rând, reclamanta contestă teza Comisiei potrivit căreia faptul că reprezentantul său a semnat o declarație prin care se afirmă că luase cunoștință de toate documentele având legătură cu cauza ar confirma că aceasta avusese acces la toate actele de la dosar. În acest sens, reclamanta subliniază că această declarație reprezintă un formular standard și că, fără a lua cunoștință de toate actele de la dosar, partea care recurge la consultare nu poate, în definitiv, să considere îndeplinită obligația de transmitere a actelor. Astfel, reclamanta afirmă că a luat cunoștință de declarația sus-menționată, ce includea lista documentelor REC 10/01 și era anexată memoriului în apărare al Comisiei, doar prin descoperirea acestei anexe. În al treilea rând, reclamanta afirmă că anumite documente la care a avut acces erau incomplete, astfel încât nu a putut avea acces la totalitatea documentelor anexate declarației sus-menționate. În acest temei, reclamanta respinge aserțiunea Comisiei potrivit căreia ar fi putut să consulte toate rapoartele misiunii UCLAF în Turcia, afirmând că ar fi putut să consulte numai documentele referitoare la rapoartele misiunilor din 9 și 23 decembrie 1998, compuse din două sau trei pagini. În al patrulea rând, reclamanta contestă, în replică, argumentul Comisiei potrivit căruia, în orice caz, nu ar fi avut drept de acces la anumite documente, între care rapoartele misiunii UCLAF, întrucât acestea sunt confidențiale. Reclamanta susține nu numai că aceste rapoarte nu sunt confidențiale, confidențialitatea acestora nefiind, de altfel, demonstrată de Comisie, ci și că rapoarte similare au fost puse la dispoziție pentru consultare în cadrul unor proceduri comparabile efectuate în fața Tribunalului.

Absența confidențialității rapoartelor de investigație ar decurge din dispozițiile Regulamentului nr. 1073/1999. Potrivit reclamantei, conform art. 9 alin. (2) din acest regulament, rapoartele de investigație reprezintă, în același mod și în aceleași condiții ca rapoartele administrative întocmite de către inspectorii administrativi naționali, probe admisibile în procedurile administrative sau judiciare ale statului membru în care utilizarea acestora se arată a fi necesară, iar aceasta ar trebui să se aplice, *a fortiori*, în mod identic și pentru procedurile derulate în fața instanțelor europene. În sfârșit, reclamanta afirmă că, prin scrisoarea din 20 iunie 2003, a prezentat o nouă cerere de acces la dosar, în conformitate cu art. 255 din Tratatul CE, după introducerea prezentei acțiuni. Cu toate acestea, ca urmare a răspunsului scris din partea Comisiei din 10 iulie 2003, aceasta nu ar fi consultat dosarul, întrucât Comisia i-ar fi adus la cunoștință că această consultare ar privi numai documente la care reclamanta avusese deja acces, între care în special documentele referitoare la rapoartele misiunii UCLAF. Comisia susține că decizia atacată se sprijină exclusiv pe elemente pe care reclamanta a putut să le consulte, ce erau deja incluse în punctul de vedere provizoriu al Comisiei, exprimat prin scrisoarea acesteia din urmă din 25 iulie 2002. În plus, la 6 august 2002, reclamanta a avut acces la dosarul ce a servit ca bază pentru adoptarea deciziei atacate și că aceasta a recunoscut în mod expres, pe calea unei confirmări scrise, că a putut să consulte toate documentele ce prezentau o legătură directă

sau indirectă cu dosarul. Comisia afirmă că lista documentelor la care reclamanta a avut acces include rapoartele misiunii UCLAF, corespondența voluminoasă a UCLAF și a diferitelor autorități turcești, precum și schimbul de corespondență între Comisie și/sau UCLAF și autoritățile vamale naționale. Comisia contestă afirmația reclamantei potrivit căreia dosarul pe care l-a consultat la 6 august 2002 nu conținea rapoartele misiunii UCLAF, ci doar documente referitoare la rapoartele misiunii. Comisia susține că documentele în discuție constituie în mod efectiv scurte rapoarte originale întocmite de UCLAF, date 9 decembrie 1998 (nr. 8279) și 23 decembrie 1998 (nr. 8673), iar nu simple rezumate. În al doilea rând, Comisia reamintește că nu i se solicită să acorde accesul din proprie inițiativă la toate documentele contextuale ce nu prezintă decât o legătură eventuală cu cazul de speță, ci, dimpotrivă, persoanei interesate îi revine obligația să solicite, după caz, accesul la documente în conformitate cu art. 255 din Tratatul CE. În speță, documentele pe care reclamanta nu a putut să le consulte ar constitui documente contextuale. Or, Comisia subliniază că noua cerere de consultare a dosarului introdusă de reclamantă la 20 iunie 2003, adică după adoptarea deciziei atacate, și admisă prin corespondența din 10 iulie 2003 nu poate avea efect pe plan juridic. Într-adevăr, nu numai că reclamanta nu ar fi continuat demersurile în urma admiterii acestei cereri, dar, în orice caz, o cerere introdusă după încheierea unei proceduri administrative și în cursul aflării pe rol a unei cauze nu ar putea, a priori, să determine o atingere a drepturilor procedurale survenită în cursul procedurii administrative anterioare acestei cereri.

În al treilea rând, Comisia susține că, în orice caz, documentele avute în vedere nu intră în conținutul dreptului de acces la dosar, în măsura în care sunt confidențiale. Pe această bază, Comisia reamintește că dreptul de acces la dosar nu include accesul la documente confidențiale, precum rapoartele UCLAF sau ale OLAF, corespondența purtată de Comisie cu state terțe și procesele-verbale ale reuniunilor la care au participat state terțe, precum și schimbul de corespondență între Comisie și autoritățile statelor membre. Pe de altă parte, Comisia contestă pertinenta interpretării art. 9 alin. (2) din Regulamentul nr. 1073/1999 susținută de către reclamantă. Potrivit Comisiei, această dispoziție se referă la raportul final întocmit de UCLAF în conformitate cu art. 9 alin. (1) din regulament, în timp ce art. 8 din regulament privește confidențialitatea și protecția datelor documentelor întocmite de OLAF.

Instanța a susținut că respectarea dreptului de a fi ascultat trebuie să fie garantată în cadrul unei proceduri de remitere a drepturilor de import, având în vedere în special puterea de apreciere de care dispune Comisia atunci când adoptă o decizie în aplicarea clauzei generale de echitate prevăzute de art. 239 din CVC (hotărârea Tribunalului din 10 mai 2001, Kaufring și alții/Comisia, denumită „Televizoare turcești”, T-186/97, T-187/97, T-190/97-T-192/97, T-210/97, T-211/97, T-216/97-T-218/97, T-279/97, T-280/97, T-293/97 și T-147/99, Rec., p. II-1337, pct. 152, și hotărârea din 27 februarie 2003, Bonn Fleisch Ex-und Import/Comisia, T-329/00, Rec., p. II-287).

Cu toate acestea, trebuie arătat de asemenea că, în acest domeniu, principiul respectării dreptului la apărare presupune doar ca persoana interesată să poată să își facă cunoscut în mod util punctul de vedere asupra elementelor de la dosar, între care sunt incluse documentele reținute împotriva sa de Comisie în vederea întemeierii deciziei sale. În consecință, acest principiu nu reclamă acordarea de către Comisie, din proprie inițiativă, a accesului la toate documentele ce au o legătură eventuală cu cazul de speță cu care este sesizată în cadrul unei cereri de remitere. Dacă persoana interesată consideră că asemenea

documente sunt utile în vederea demonstrării, în privința sa, a existenței unei situații speciale și/sau a absenței unei neglijențe evidente sau a dolului, este în sarcina sa să solicite accesul la aceste documente în conformitate cu dispozițiile ce au fost adoptate de către instituții în temeiul art. 255 din Tratatul CE (hotărârea Tribunalului din 11 iulie 2002, Hyper/Comisia, T-205/99, Rec., p. II-3141, pct. 63, și hotărârea Bonn Fleisch Ex- und Import/Comisia,). În plus, în ce privește procedura administrativă în materie de remitere a drepturilor vamale, Tribunalul a precizat cu claritate că numai în urma cererii părții interesate pârâta este obligată să acorde acces la toate documentele administrative neconfidențiale privind decizia atacată. Prin urmare, în absența unei asemenea solicitări, nu există acces automat la documentele de care dispune Comisia (hotărârea Tribunalului din 19 februarie 1998, Eyckeler & Malt/Comisia, T-42/96, Rec., p. II-401, pct. 81, hotărârea din 17 septembrie 1998, Primex Produkte Import-Export și alții/Comisia, T-50/96, Rec., p. II-3773, pct. 64, și hotărârea Bonn Fleisch Ex- und Import/Comisia). În lumina acestor principii trebuie analizat motivul întemeiat pe încălcarea dreptului la apărare. Trebuie constatat că reclamanta admite în mod explicit în cererea sa că a avut acces la toate documentele reținute de Comisie pentru a-și întemeia decizia. Cu toate acestea, nu ar fi avut acces la documente având o importanță decisivă pentru aprecierea globală pe care Comisia a avut-o asupra situației. În această privință, ea afirmă că documentele ce i-au fost prezentate în cadrul accesului la dosar sunt incomplete. Astfel, reclamanta afirmă că nu a putut consulta în integralitatea lor cele două rapoarte ale misiunii UCLAF din 9 și 23 decembrie 1998, ci doar „rapoarte privind rapoartele misiunii”. În mod identic, aceasta afirmă că nu a putut să consulte procesul-verbal al misiunii comunitare din luna octombrie 1998, menționată în considerentul 32 al deciziei atacate, nici scrisorile UCLAF din 1 și 9 decembrie 1998 adresate Reprezentanței Permanente turce, menționate de Comisie în memoriul în apărare. În această privință, trebuie să se constate că documentele la care se referă reclamanta nu sunt menționate în mod explicit în decizia atacată. Aceasta nu exclude ca anumite documente să fi putut întemeia decizia atacată. Cu toate acestea, nu s-ar putea admite că aceeași situație este incidentă și pentru ansamblul corespondenței vaste la care se referă reclamanta. Așadar, acestea constituie, cel puțin în privința unora dintre ele, documente având o simplă legătură cu contextul în care se încadrează cauza. În special, nu s-ar putea admite, și nici un element al deciziei atacate nu lasă să se presupună, că procesele-verbale privind ședințele Comitetului de cooperare vamală privind certificatele A.TR.1 considerate nevalabile sau false în cadrul exportului de concentrate de sucuri de fructe și de alte mărfuri originare din Turcia au contribuit la întemeierea deciziei atacate. Aceeași concluzie se impune în privința unei înștiințări din partea serviciului vamal din Ravenna din 12 iunie 1998, menționată de Comisie în memoriul în apărare, pe care reclamanta susține că nu a avut posibilitatea să o consulte. În orice caz, în situația în care nu au fost transmise documente ce nu au stat la baza deciziei atacate, eventuala lor netransmitere nu este relevantă, dat fiind că asemenea documente nu pot să aibă efect asupra deciziei atacate. În consecință, prezentul motiv, în măsura în care privește netransmiterea unor asemenea documente, trebuie respins ca neîntemeiat. În schimb, nu este aceeași situație în privința netransmiterii documentelor reținute de Comisie pentru a-și întemeia decizia atacată. În cadrul examinării acestor documente, trebuie reamintit că, în speță, Comisia a informat reclamanta, prin scrisoarea din 25 iulie 2002, asupra analizei sale provizorii potrivit căreia nu erau întrunite condițiile pentru admiterea unei remiteri a drepturilor de import. Așadar, este evident că, prin această scrisoare a Comisiei,

reclamantei i-a fost acordată posibilitatea, înaintea adoptării deciziei atacate, să adopte o poziție și să își comunice pct. de vedere asupra elementelor ce justificau, potrivit Comisiei, respingerea cererii de remitere. De altfel, reclamanta nu contestă această constatare, dar susține că principiul respectării dreptului la apărare a fost încălcat în măsura în care i s-a refuzat accesul la anumite documente pe baza cărora Comisia și-a întemeiat decizia sau cel puțin în măsura în care aceste documente nu erau complete. Cu toate acestea, trebuie constatat că, în urma scrisorii Comisiei din 25 iulie 2002, la 6 august 2002, reprezentantul reclamantei a consultat dosarul privind decizia atacată la sediul Comisiei. În cadrul acestei consultări, acest reprezentant a semnat o declarație scrisă în care confirmă în mod explicit că a avut acces la toate documentele ce aveau o legătură directă și indirectă cu dosarul în litigiu. În plus, la această declarație a fost anexată o listă ce enumera toate documentele la care reprezentantul sus-menționat a avut acces. Or, trebuie arătat că această listă menționează rapoartele misiunii UCLAF din 9 și 23 decembrie 1998, având numerele 8279 și, respectiv, 8673. Răspunzând unei întrebări scrise a Tribunalului, Comisia a depus două rapoarte având aceleași numere. În cadrul ședinței, Comisia a informat Tribunalul că aceste rapoarte corespundea în mod efectiv scurtelor rapoarte complete, pe de o parte, din 9 decembrie 1998, privind misiunea efectuată între 12 și 15 octombrie 1998 (nr. 8279) și, pe de altă parte, din 23 decembrie 1998, privind misiunea de investigație efectuată între 30 noiembrie și 2 decembrie 1998 (nr. 8673), și că nu fusese întocmit nici un alt raport privind cele două misiuni UCLAF. Tribunalul consideră că echivalența între numerele ce figurează pe prima pagină a raportului și numerele ce fuseseră indicate în lista anexată declarației reprezentantului reclamantei din 6 august 2002 demonstrează că reclamanta, în mod contrar față de ceea ce susține, a avut acces la rapoartele misiunii. În ce privește cererea reclamantei de a avea acces la procesul-verbal al misiunii comunitare din luna octombrie 1998, este suficient să se constate că un asemenea proces-verbal nu există. Într-adevăr, pe de o parte, așa cum Comisia a precizat în cadrul ședinței, raportul nr. 8279 este singurul raport ce a fost întocmit în legătură cu misiunea derulată între 12 și 15 octombrie 1998 și, pe de altă parte, în decizia atacată nu a fost făcută nici o trimitere la un asemenea proces-verbal. Apoi, în privința scrisorilor UCLAF din 1 și 9 decembrie 1998 invocate de către reclamantă, trebuie să se constate, pe de o parte, că lista din 6 august 2002 ce enumeră documentele la care aceasta a avut acces face trimitere la scrisoarea UCLAF nr. 8281, din 9 decembrie 1998, adresată Reprezentanței Permanente turce. În consecință, trebuie constatat că reclamanta a avut acces la acest document. Pe de altă parte, în ce privește scrisoarea din 1 decembrie 1998, Comisia a precizat, în cadrul unei întrebări scrise a Tribunalului, că această scrisoare nu există și că trimiterea făcută în memoriul său în apărare la o scrisoare a UCLAF din 1 decembrie 1998 constituia o eroare. În această privință, trebuie să se constate că această precizare este confirmată de lista din 6 august 2002, care nu menționează, pentru 1 decembrie 1998, decât o scrisoare a Ministerului de Justiție turc adresată UCLAF. Cât privește schimbul de comunicări între Comisie și UCLAF cu autoritățile turcești și cu autoritățile vamale naționale ale statelor membre, este suficient să se arate că nici un element nu permite să se presupună că Comisia și-a întemeiat decizia atacată pe alte documente decât cele ce se găseau în dosarul la care reclamanta a avut acces în cadrul consultării din 6 august 2002. Reclamanta nu a introdus nici o cerere de acces la alte elemente ale dosarului în cursul procedurii administrative. În ce privește cererea de acces introdusă de către reclamantă după adoptarea deciziei atacate și după introducerea prezentei cereri, trebuie să se constate că nu este relevantă pentru

aprecierea unei eventuale atingeri a dreptului la apărare al reclamantei în cursul procedurii administrative și nu poate avea efect asupra legalității deciziei menționate. În orice caz, trebuie să se constate că, prin scrisoarea din 10 iulie 2003, Comisia a adus la cunoștința reclamantei că acesteia din urmă i se permitea să consulte documentele în discuție în conformitate cu cererea efectuată în temeiul art. 255 din Tratatul CE.

UNELE CONSIDERAȚII TEORETICE ȘI DE PRACTICĂ JUDICIARĂ PRIVIND DELIMITAREA TENTATIVEI DE ACTELE DE PREGĂTIRE INCRIMINATE ÎN LEGISLAȚIA PENALĂ

**Conf. univ. dr. LAZĂR VALERICĂ
Universitatea Româno-Americană**

Rezumat:

În doctrina penală au existat și continuă să existe numeroase comentarii cu privire la delimitarea actelor de pregătire ale unei infracțiuni de cele de executare ale acesteia de către făptuitor. În acest sens au fost elaborate teoriile obiective, subiective, formale și mixte prin care s-a încercat să se dea răspunsuri cât mai adecvate problemei supuse analizei.

Dintre opiniile exprimate se pare că susținătorii teoriilor mixte au realizat o delimitare corectă dintre aceste acte iar în practica judiciară s-au impus astfel de criterii. Problema prezintă importanță practică deoarece actele de pregătire ale unei infracțiuni, în principiu nu sunt incriminate de legea penală. În ceea ce privește actele de executare propriu-zisă a infracțiunii, acestea sunt incriminate și sancționate (limitativ sau nelimitativ) în legislațiile penale.

Pentru ca o faptă umană să fie considerată infracțiune trebuie să întrunească, în mod necesar și cumulativ, cele trei trăsături esențiale și anume:

- să prezinte un anumit grad de pericol social;
- să fie săvârșită cu vinovăție;
- să fie prevăzută de legea penală.

În Codul penal român (aflat în vigoare din 1968) aceste trăsături generale sunt prevăzute în mod expres într-o normă din partea generală (art. 17 alin. 1), dar această prevedere a fost și mai este încă criticată în doctrina de specialitate, considerându-se că nu ar fi fost necesar să se stabilească o astfel de definiție a infracțiunii. Cu toate acestea, în noul Cod penal român (legea nr. 286 din 17 iulie 2009) se menține definiția generală a infracțiunii, dar se prevăd numai două trăsături esențiale, și anume:

- săvârșirea faptei cu vinovăție și,
- prevederea faptei în legea penală.

S-a renunțat la pericolul social ca trăsătură esențială a infracțiunii, considerându-se că este suficient ca o faptă să fie prevăzută în legea penală, iar caracterul nejustificat al acesteia presupune că nu este admisă de ordinea juridică, cu alte cuvinte are un caracter ilicit. Per a contrario, este posibil ca o faptă, deși prevăzută de legea penală, să nu fie ilicită, întrucât săvârșirea este permisă de o normă legală (astfel de împrejurări care înlătură caracterul penal al faptei sunt reglementare sub denumirea de cauze justificative). Prevederea faptei în legea penală presupune cerința ca o astfel de faptă concret săvârșită, ce urmează a fi calificată ca infracțiune, să corespundă întru-totul descrierii pe care legiuitorul o face în norme de incriminare.

Această corespondență trebuie să fie realizată atât în planul elementelor de natură obiectivă (acțiune, inacțiune, urmare, calitatea subiectului activ sau pasiv etc.) cât și al elementelor de natură subiectivă (forma de vinovăție).

O astfel de corespondență dintre elementele obiective și subiective ale unei infracțiuni a fost, este și va continua să fie analizată și comentată de către specialiștii în dreptul penal, deoarece are implicații serioase cu privire la însăși existența caracterului penal al faptei și implicit, a răspunderii penale a făptuitorului.

În această lucrare nu vor fi analizate toate aspectele problemei respective ci numai delimitarea dintre actele de pregătire efectuate în vederea săvârșirii unei infracțiuni și cele prin care se pune în executare intenția de a săvârși infracțiunea.

Pentru a analiza o astfel de delimitare sunt necesare, în primul rând, a fi făcute două precizări importante și anume:

- a) se poate discuta despre actele de pregătire și tentativă, ca faze de desfășurare în timp și spațiu, numai la infracțiunile săvârșite cu intenție (ca formă de vinovăție a subiectului activ);
- b) în general, în legislațiile penale ale statelor lumii moderne, actele de pregătire ale unei infracțiuni nu sunt incriminate, ci numai actele de punere în executare a intenției de a săvârși o infracțiune.

Din cele expuse rezultă că aceste forme atipice de desfășurare a unei infracțiuni sunt excluse, adică nu sunt posibile în cazul infracțiunilor săvârșite din culpă sau praeterintenționate, la infracțiunile cu consumare imediată sau spontană, la cele omisive (săvârșite prin inacțiune) și la cele de obicei (săvârșite din obișnuință).

Aceste faze de desfășurare care pot să apară în cazul infracțiunilor intenționate (deci nu sunt obligatorii la toate infracțiunile săvârșite cu această formă de vinovăție) poartă denumirea de faze atipice pentru că se face raportarea la momentul final al unei infracțiuni, denumit momentul de consumare al acesteia. În toate legislațiile penale sau ne penale în care sunt prevăzute infracțiuni, răspunderea penală a infractorilor și evaluarea activității lor ilicite de către organele judiciare se realizează în funcție de momentul de consumare al infracțiunii, adică momentul în care există, în mod concret, un rezultat sau o stare de pericol. Existența certă a unui asemenea moment de consumare determină și începerea răspunderii penale pentru cel sau pentru cei care se fac vinovați de săvârșirea infracțiunii.

După cum s-a arătat mai înainte, formele atipice ale unei infracțiuni intenționate, în mod normal pot să apară atunci când făptuitorul, cu intenție își ia unele măsuri pe care le consideră necesare pentru a-și realiza gândul „criminal” și după ce este pregătit suficient, trece chiar la acte concrete de executare, adică de punere, în mod obiectiv, în practică, a planurilor sale.

Pentru că regimul juridic (de incriminare și sancționare) al actelor atipice la aceste infracțiuni este total diferit, în practica și teoria penală s-a pus problema găsirii unor criterii sigure și precise pentru delimitarea lor, adică de a găsi acel moment de despărțire a unor acte de pregătire (care nu sunt incriminate) de cele de punere în executare a infracțiunii (care sunt incriminate și sancționate în cazul unor infracțiuni cu un grad de pericol social mărit).

Așa cum aprecia renumitul penalist român Vintilă Dongoroz (în lucrarea sa de Drept penal elaborată în anul 1939), chestiunea stabilirii unor asemenea criterii „constituie una dintre cele mai anevoioase probleme în știința Dreptului penal și de aceea mulți autori au socotit-o și în trecut și în prezent, ca fiind aproape insolubilă”.

Totuși, în doctrina de specialitate s-au făcut eforturi și s-au impus anumite puncte de vedere care au fost acceptate de numeroși specialiști în dreptul penal.

În continuare nu ne propunem să analizăm, în detaliu, actele pregătitoare și tentativa ci doar să evidențiem principalele criterii de delimitare, care au rezonanță juridică. Pentru a fi înțelese și, eventual acceptate asemenea criterii, se impune totuși să prezint, succint, condițiile de existență ale actelor pregătitoare și ale tentativei, ca instituții de drept penal.

Ambele modalități aparțin „perioadei externe sau de execuție a deciziei de a săvârși infracțiunea” și de aceea unele condiții de existență ale acestora se aseamănă. De exemplu, ambele modalități trebuie să fie efectuate în vederea săvârșirii unei infracțiuni.

Deși condiția aceasta este comună atât pentru actele preparatorii cât și pentru tentativă, verificarea îndeplinirii acestei condiții, de către organul judiciar este, de cele mai multe ori, deosebit de dificilă, în cazul actelor de pregătire.

În practica judiciară, foarte rar actele de pregătire efectuate de către o persoană fizică, își dezvăluie, neîndoienic, legătura cu o activitate infracțională ce ar urma să fie săvârșită în viitor.

Din aceasta cauză în doctrina penală se susține că acest criteriu subiectiv esențial pentru diferențierea dintre cele două categorii de acte și anume cum actul material concret realizat de către făptuitor relevă sau nu intenția cu care s-a comis și implicit perversitatea autorului unui astfel de act! În doctrină se susține că sub acest aspect, actele de pregătire sunt totdeauna echivoce, deoarece din conținutul lor nu se poate stabili cu exactitate că au fost realizate cu intenția de a comite o infracțiune. De exemplu, dacă un om își procură o armă sau o cantitate de otrăvă, indiferent de perioada de timp care trece de la procurare și până la o eventuală infracțiune de omor pe care acesta o săvârșește, nu se poate susține ca atunci când a procurat acele materiale a avut în mintea sa ideea de a săvârși omorul. Tot astfel se poate pune problema procurării unor mijloace tehnice de fotocopiere și multiplicare care, după o perioadă de timp, cel care le-a procurat le folosește la falsificarea de monedă sau înscrisuri.

Comparativ cu actele de pregătire care sunt echivoce, actele de executare prin care intenția de a săvârși infracțiunea devine relevantă sunt totdeauna, univoce prin ele însele.

Teoria aceasta a echivocității actelor pregătitoare a fost, însă, criticată în doctrină pentru că dacă acestea sunt realizate într-un moment cât mai apropiat de săvârșirea infracțiunii, rezultă fără îndoială intenția delictuoasă a infractorului.

Teoria aceasta mai este criticabilă și pentru faptul că în practică unele acte de pregătire sunt echivoce în raport cu unele infracțiuni și univoce în raport cu altele. De exemplu, actul persoanei de a lua mulajul unei chei de la locuința altei persoane, deși este univoc cât privește intenția delictuală a autorului, nu constituie un act de executare la infracțiune ci un act de pregătire. Dimpotrivă, dacă o persoană încearcă o cheie potrivită pentru a stabili dacă se potrivește la un sistem de închidere a locuinței altei persoane, unde urmează să pătrundă fără drept, este considerat un act de executare și nu unul preparator.

Operând cu acest criteriu, bazat numai pe elementul subiectiv al intenției cu care este efectuat actul de executare, teoria echivocității actului restrânge excesiv sfera unor astfel de acte care pot fi sancționate penal datorită particularității lor, sau, dimpotrivă, devine excesiv de represivă, sancționând și acele acte mult îndepărtate de momentul consumării (dacă acestea relevă, prin materialitatea lor, intenția de a comite fapta).

Tocmai de aceea, teoria subiectivă a echivocității sau cea a univocității actului de executare au fost totdeauna socotite insuficiente, fiindcă restrâng sau largesc fără temei juridic adecvat sfera actelor de executare specifice tentativei.

Din aceste motive, în doctrina penală au fost elaborate teoriile obiective, prin care s-a căutat să se identifice elementele de diferențiere dintre actele de pregătire și cele specifice tentativei.

De altfel, din punct de vedere obiectiv, în cazul ambelor categorii de acte cere să se aibă o existență obiectivă.

De reținut însă, că în cazul actelor de pregătire se cere ca acestea să fie de natură să creeze condiții favorabile executării acțiunii incriminate, dar acestea să nu facă parte din elementul material al infracțiunii proiectate sau să nu constituie un început de executare a acesteia.

Potrivit teoriei obiective, în doctrina penală se susține că actul pregătitor constă în adunarea și pregătirea mijloacelor necesare comiterii faptei, iar actul de executare reprezintă un act de punere în funcțiune a acelor mijloace.

Altfel spus, actul pregătitor se situează la periferia activității infracționale iar cel de executare reprezintă intrarea în acțiune a infractorului. În plus, se apreciază că actul pregătitor nu indică spre ce rezultat tinde făptuitorul, iar cel de executare propriu-zisă se îndreaptă în mod inevitabil spre un rezultat urmărit sau acceptat de făptuitor.

Potrivit teoriei obiective, se rețin ca acte de pregătire, de exemplu : procurarea de otrăvuri, prepararea și amestecarea acesteia cu alimente, împachetarea conținutului rezultat și pregătirea în vederea expedierii. Aceste activități nu se îndreaptă împotriva unei persoane. Din contră, sunt acte de executare propriu-zisă a infracțiunii acelea care sunt îndrumate, dirijate înspre persoanele, bunurile sau lucrurile spre care făptuitorul își îndreaptă atenția. Se consideră că este un act de executare, de exemplu: expedierea unui pachet cu alimente pe adresa destinatarului sau forțarea ușii de la locuința unei persoane, în scopul de a pătrunde fără drept și înlăturarea, prin efracție a unui sistem de protecție și pază etc.

După cum se poate observa, susținătorii teoriei obiective de departajare a actelor preparatorii de actele de executare nu mai țin seama deloc sau doar în mică măsură de teoriile subiective menționate mai înainte.

Este evidențiată o asemenea atitudine deoarece, în practică, un act uman, care, obiectiv, pare a fi un act de executare, își pierde astfel din calitate dacă se observă că făptuitorul nu urmărește săvârșirea unei infracțiuni.

De aceea, în doctrina penală au apărut și teoriile formale care au la bază acțiunea tipică descrisă sau indicată în norma penală de incriminare. Susținătorii acestor teorii și-au propus să îmbine criteriile celor două teorii anterioare (subiective și obiective) și au caracterizat ca fiind acte de executare numai pe acelea care relevă intenția de a comite o faptă determinată care se situează în sfera actelor de realizare a acțiunii tipice descrise în norma de incriminare.

Potrivit acestei teorii, vor fi deci acte de executare numai acelea prin care se violează norma penală, fiindcă numai acestea caracterizează conduita incriminată de aceasta normă. Dimpotrivă, actele preparatorii sunt cele care rămân înafara normei penale.

Potrivit acestui criteriu de delimitare, cumpărarea unei cantități de otrăvă, pregătirea și amestecarea cu alimente și împachetarea sunt acte preparatorii, fiindcă nu aparțin acțiunii tipice indicată de verbul de a ucide. Acțiunea propriu-zisă de ucidere începe doar în clipa în

care autorul a pus în executare acte care duc la încetarea vieții persoanei fizice(trimiterea prăjiturilor otrăvite,servirea acestora la masă,introducerea otrăvii în paharul cu băutură și aducerea acestuia la masa celui vizat).

Se poate aprecia, deci, că actul preparator este legat de infracțiune numai în mod abstract deoarece legătura dintre acestea se realizează teoretic doar de către specialiștii dreptului penal. Din contră, un act de executare este legat de infracțiune în mod concret ,fiindcă prin acesta se săvârșește fapta ilicită.

Teoriile formale (dominante în doctrina penală modernă) sunt perfecte din punct de vedere teoretic,dar și în practică,criteriile oferite de acestea sunt greu de aplicat,deoarece:

- în primul rând,acțiunea tipică a unei infracțiuni nu este întotdeauna precizată cu exactitate în norma de incriminare și în consecință este greu de a se stabili limita ei de încredere;

- pe de altă parte,în practică faptele umane prezintă numeroase variațiuni care determină o delimitare imposibilă a actelor de pregătire de cele de executare.

Ca urmare a imperfecțiunilor teoriilor obiective,subiective și formale,penaliștii au considerat a fi util să se îmbine astfel de criterii pentru realizarea unei delimitări cât mai exacte între actele de pregătire și cele de executare propriu-zisă a infracțiunii. Au fost elaborate,în acest sens, teoriile mixte și adepții acestora și-au propus să îmbine unele elemente de evaluare a actelor preparatorii și ale celor de executare și au ajuns la concluzia că un act de executare este acela care relevă intenția de a comite o infracțiune determinată și care se situează în sfera actelor tipice descrise de norma de incriminare.

În doctrina penală s-au exprimat opinii diferite și,uneori,contradictorii ,cu privire la teoriile mixte de delimitare a actelor preparatorii de cele de executare a unei infracțiuni.

De exemplu,în doctrina penală germană se consideră că există act de executare la infracțiune atunci când făptuitorul,în raport cu reprezentarea sa despre faptă,a pășit nemijlocit la realizarea faptei descrise în norma de incriminare.

O astfel de formulare îmbina criteriul subiectiv cu cel obiectiv dar se îndepărtează de teoria formală. După părerea unor penaliști germani renumiți,va constitui de exemplu act de executare a infracțiunii de omor, atât declanșarea unui pistol încărcat către o victimă, cât și a unui pistol neîncărcat,dar pe care făptuitorul îl credea ca fiind încărcat și că se afla (din punct de vedere subiectiv) în executarea faptei de omor.

În doctrina penala franceză,se susține că actul de executare al unei infracțiuni trebuie să fie caracterizat de intenția univocă relevată de act(chiar dacă acesta se comite la distanță mai îndelungată de timp de consumarea faptei) precum și de împrejurarea că actul se află în raport direct cu infracțiunea plănuită sau că tinde la consumarea infracțiunii. De exemplu, se susține ca fiind un act de executare surprinderea făptuitorului când inspecta locul unde urmează să comită fapta sau când verifică sistemele de siguranță(electronice sau mecanice) instalate pentru protecția bunurilor,ori când făptuitorul s-a așezat la volanul unui automobil cu intenția de a o fura. Potrivit jurisprudenței franceze,un act de executare al infracțiunii trebuie să fie univoc în materialitatea lui dar și îndreptat direct nemijlocit spre consumarea infracțiunii. În acest sens,de exemplu,nu va fi considerat act pregătitor la infracțiunea de omor dacă o persoană primește bani sau alte valori pentru a ucide pe cineva. Fapta aceasta va constitui doar act preparator,pentru că nu a fost urmată de acte de începere a executării omorului. Pentru a fi cât mai concludente criteriile în doctrina penală anglo – americană a mai fost elaborat și un alt criteriu de departajare a actului de executare de actul preparator al unei infracțiuni. În acest sens a fost elaborată și „teoria apropierii”

dintre actul efectuat și momentul consumării. Potrivit acestei concepții constituie act de executare acel act care se situează cât mai aproape de momentul consumării, ori dacă un astfel de act este ultimul dintre cele pe care făptuitorul intenționează să le facă pentru consumarea infracțiunii.

În această viziune, este act de executare, de exemplu, punerea unei cantități insuficiente de otravă pentru a provoca moartea victimei sau dacă făptuitorul a trimis o scrisoare de amenințare către victimă, în care precizează că o va ucide. Tot astfel se consideră ca fiind tentativă de omor, acest din urmă caz, chiar dacă victima nu a apucat să citească scrisoarea.

Desigur că aceste teorii sunt criticabile deoarece în practică este extrem de dificil de stabilit care dintre actele de executare sunt mai apropiate sau mai îndepărtate de momentul consumării. În mod normal, din punct de vedere subiectiv, numai făptuitorul știe când și cum va acționa pentru a obține rezultatul urmărit.

În doctrina penală română, nu sunt prea mulți penaliști care au analizat, în detaliu, problema supusă atenției. Cei care au înțeles importanța teoretică și, mai ales, practică a acestei probleme și-au exprimat opinia că este dificil să se stabilească un criteriu convingător de delimitare a actelor pregătitoare de cele de executare. Tocmai de aceea au considerat că nu este suficient să te aliniezi la una sau la alta dintre teoriile existente în doctrină, pentru că fiecare dintre acestea se completează reciproc, ele fiind complementare. Specialiștii României în drept penal (Ion Tanoviceanu, Vintilă Dongoroz, Costică Bulai, George Antoniu, Matei Basarab, Constantin Mitrache și alții) consideră că teoriile formale sunt preponderente în aprecierea departajării actelor de pregătire de cele executorii, pentru că se dă prioritate modului în care norma de incriminare descrie acțiunea tipică sau actul de executare. În doctrina penală din țara noastră se susține că trebuie să se țină seama de toate criteriile (elaborate și evidențiate mai înainte) echivocității, ale cauzalității inerte sau ale apropierei de momentul consumării.

Majoritatea penaliștilor români sunt de acord că din punct de vedere subiectiv, toate manifestările externe care urmează rezoluției infracționale sunt efectuate în baza acestora și în consecință sunt acte de executare, fiindcă fiind la finalizarea infracțiunii, iar din punct de vedere obiectiv, toate actele efectuate pentru ajungerea la un rezultat contribuie la obținerea acestuia. Potrivit unei astfel de opinii se consideră ca un act de executare introducerea mâinii de către infractor în buzunarul victimei în scopul de a-i sustrage ceva; pătrunderea într-o locuință a altuia cu instrumente de efracție, prin forțarea ușii sau a ferestrei ori prin escaladare, punerea de otravă în mâncarea sau băutura care urmează să fie consumată de o persoană.

Se poate observa că astfel de acte nu sunt detaliate în norma de incriminare, dar reprezintă acte orientate de către făptuitor spre producerea rezultatului și relevă intenția acestuia de a se apropia de momentul consumării infracțiunii. Discuțiile din doctrină cu privire la tema care face obiectul de studiu al aceste lucrări prezintă importanță teoretică și practică pentru că în toate legislațiile penale din lume și de la noi, legiuitorul are libertatea de a dispune care activități pot avea caracter infracțional și care dintre acestea sunt sau nu sancționabile. Legiuitorul este singurul care stabilește care acte ilicite au caracter preparator sau de executare propriu-zisă.

Tot legiuitorul stabilește care dintre actele preparatorii prezintă un grad de pericol mai ridicat pentru a putea fi incriminate și sancționate. La fel procedează și cu actele de executare care rămân în faza tentativei. De reținut, însă, că în legea penală nu se dau explicații în legătură cu actele de țin de pregătirea unei infracțiuni, iar în legătură cu

tentativa se precizează doar modalitățile acesteia determinate de activitatea infractorului și de mijloacele folosite pentru săvârșirea infracțiunii intenționate sau de alte împrejurări.

De asemenea, în practica judiciară nu există timpul suficient pentru a fi dezbătute aspectele de delimitare dintre actele de pregătire ale unei infracțiuni(care potrivit regulii generale stabilite nu sunt incriminate și sancționate decât în mod excepțional) de cele de executare care rămân în faza tentativei (care sunt incriminate și sancționate la multe infracțiuni)

Așadar,este sarcina doctrinei penale de a lămuri o astfel de problemă,iar apărătorii părților aflate într-un proces penal trebuie să cunoască părerile exprimate în doctrină și să facă uz de ele în fața instanței penale. Este necesar ca în fiecare caz concret dedus judecății,instanța să aprecieze și să facă o delimitare cât mai exactă dintre un act de pregătire și un act de executare a unei infracțiuni și să se decidă sancțiunea infractorului numai pentru actele sancționate de lege.

BIBLIOGRAFIE

- Vintilă Dongoroz-Drept Penal,1939-ediție preeditată de către Asociația Română de Drept Penal,Editura Tempus,București,2000
- Costică Bulai –Manual de Drept Penal,partea generală,Ed. All,București 1997
- Matei Basarab-Drept penal,partea generală,vol I,Ed. Lumina Lex,București ,1997
- Lazăr Valerică și colaboratorii-Drept penal partea generală,Ed.Europa Nova, București,1999

RĂSPUNDEREA DISCIPLINARĂ A JUDECĂTORILOR -STUDIU DE DREPT COMPARAT-

GHERNAJA GETA-CRISTINA

Judecător - Tribunalul Constanța

Lector univ. drd. - ULIM din Republica Moldova

Abstract: Disciplinary liability of judges and prosecutors comes into discussion as a general rule, in the situation where duties are being violated, and for actions that bring the image of justice into disrepute. Disciplinary responsibility of magistrates is regulated, with some exceptions, in almost all European countries, also being stipulated in the international framework documents adopted. There are however fundamental differences between common law countries and civil law countries. The Consultative Council of European Judges has endorsed the need for each jurisdiction to identify the sanctions permissible under its own disciplinary system, and for such sanctions to be proportionate, but it has not considered that any definitive list should be attempted at the European level.

Cuvinte cheie : răspundere disciplinară, magistrați, drept comparat

Răspunderea disciplinară intervine nu numai în ipoteza existenței unui angajator și a unui contract de muncă, ci și în alte situații, existând categorii profesionale care, deși nu se circumscriu celor două condiții, răspund totuși disciplinar. De exemplu, în Legea nr.96/2006 privind statutul deputaților și senatorilor este reglementat „regimul disciplinei parlamentare”, fiind prevăzute atât faptele ce constituie abateri disciplinare, cât și sancțiunile aplicabile. În mod similar, există reglementată răspunderea disciplinară a magistraților, deși nici aceștia nu sunt angajați de un angajator și nici nu încheie un contract de muncă. De asemenea, o deosebire esențială față de disciplina muncii în cazul altor categorii profesionale, disciplină limitată la aplicare doar la unitatea la care salariatul este angajat, o constituie și faptul că magistratul răspunde disciplinar și pentru activitatea desfășurată în afara instanței sau parchetului și în afara orelor de serviciu.

În doctrină s-a susținut că judecătorul este „personajul-cheie într-un stat democratic și de drept”, iar „problema responsabilității lui primează nu numai prin importanță, dar și prin complexitate”, după cum s-a arătat și faptul că „într-o societate democratică judecătorul nu poate fi la adăpostul unei imunități absolute, atunci când el își încalcă în mod grosier obligațiile de imparțialitate și corectitudine”.

Răspunderea disciplinară a judecătorilor și procurorilor este antrenată, ca regulă generală, în situația în care sunt încălcate îndatoririle de serviciu, precum și pentru comiterea unor fapte care afectează prestigiul justiției.

În practica în materie a Consiliului Superior al Magistraturii s-a adoptat în mod constant punctul de vedere potrivit căruia actele de verificare a sesizărilor privind activitatea magistraților, în vederea responsabilizării acestora, nu includ activitatea profesională specifică, cu precădere a judecătorilor, pentru a preveni eventuale suspiciuni privind imixtionarea în activitatea de judecată.

Răspunderea disciplinară a magistraților este reglementată, cu unele excepții, în aproape toate țările europene, ea regăsindu-se și în documentele cadru adoptate pe plan internațional.

Spania. Abaterile disciplinare sunt limitativ prevăzute de lege și se împart în abateri foarte grave, în număr de 16 (afilierea la partide politice sau sindicate, intervențiile în exercitarea activității altui judecător sau magistrat, absențele nejustificate și repetate de la serviciu, lipsa de diligență nescuzabilă în îndeplinirea îndatoririlor de serviciu, lipsa absolută de motivare a hotărârilor judecătorești, abuzul de funcție din partea judecătorului care încearcă să obțină avantaje nejustificate de la autorități, funcționari sau colegi), abateri grave-18 (lipsa de respect față de superiorii ierarhici, lipsa gravă de respect față de justițiabili sau alte instituții, utilizarea în cadrul hotărârilor judecătorești a unor expresii neneesare, extravagante sau jignitoare, obstrucționarea activităților de inspecție) și abateri ușoare-5 (lipsa de respect față de superiorii ierarhici, atunci când nu sunt îndeplinite condițiile pentru ca aceasta să fie calificată drept faptă gravă, lipsa de atenție sau desconsiderarea colegilor de muncă, personalului auxiliar, justițiabililor sau altor instituții).

Spre exemplu, gravitatea întârzierii în soluționarea cauzelor este apreciată în funcție de importanța acestora, de complexitatea sau de aspectul procedural a cărui îndeplinire a fost omisă sau întârziată, precum și modul în care sunt afectate părțile. Este foarte important deci, ca această întârziere să fie nejustificată și să fie imputabilă judecătorului. Jurisprudența a arătat că o întârziere este nejustificată atunci când judecătorul a dat dovadă de lipsă de diligență în îndeplinirea sarcinilor sau pronunțarea sentințelor. În aprecierea caracterului justificat sau nejustificat al unei întârzieri mai sunt luate în considerare și alte aspecte, precum calificarea profesională a personalului auxiliar, suficiența sau insuficiența mijloacelor materiale, cauzele personale.

Conform dispozițiilor înscrise în Legea organică a puterii judiciare, pentru abaterile disciplinare săvârșite în exercitarea atribuțiilor sunt reglementate următoarele tipuri de sancțiuni : avertismentul, amenda de până la 6.000 euro, mutarea la o altă instanță situată la cel puțin 100 km, suspendarea până la 3 ani, excluderea din magistratură (în cazurile extrem de grave, în care fapta și caracterul ei intenționat sunt evidente, iar rezultatul produs afectează de o manieră considerabilă sistemul judiciar).

Organul central competent să impună sancțiuni disciplinare este Consiliul General al Puterii Judiciare, care are și rolul de a asigura independența sistemului judiciar, iar în cadrul Consiliului sancțiunile cele mai grave sunt dispuse de Plen. Alte organe competente sunt Comisia de Disciplină a Consiliului General al Puterii Judiciare, precum și colegiile de conducere ale tribunalelor superioare (instanțe supreme care există în fiecare comunitate autonomă care formează statul spaniol).

Italia. Prin Decretul legislativ nr.109 din 23 februarie 2006 și modificările operate prin Legea nr.269 din 24 octombrie 2006 sunt reglementate două categorii de abateri : abateri disciplinare în exercitarea funcției, în număr de circa 25 (nerespectarea cu bunăștiință a obligației de abținere în cazurile prevăzute de lege, intervenția nejustificată în activitatea judiciară a altui magistrat, încălcarea gravă a legii datorită ignoranței sau neglijenței nescuzabile, sustragerea repetată de la îndeplinirea obligațiilor de serviciu, divulgarea unor acte procedurale confidențiale, comportamentul care, încălcând obligațiile magistratului, aduce daune injuste sau avantaje uneia dintre părți) și abateri disciplinare în afara exercitării funcției, în număr de 8 (uzul de calitate de magistrat pentru a obține avantaje pentru sine sau pentru alții, asumarea de funcții extrajudiciare fără autorizarea

prevăzută de lege din partea Consiliului Superior al Magistraturii, participarea la asociații secrete sau ale căror principii nu sunt compatibile cu activitatea de magistrat, înscrierea sau participarea efectivă și în mod sistematic în partide politice).

Sistemul reformat al răspunderii disciplinare se caracterizează prin tipizarea abaterilor disciplinare și obligativitatea acțiunii disciplinare.

Sanctiunile disciplinare sunt mustrarea, avertismentul, pierderea vechimii, incapacitatea temporară de a ocupa o funcție de conducere, suspendarea din funcție între 3 luni-2 ani, îndepărtarea din funcție, precum și sancțiunea accesorie a mutării/ transferului disciplinar la o altă instanță, ce poate fi aplicată cumulativ cu oricare dintre celelalte sancțiuni, cu excepția avertismentului.

Acțiunea disciplinară este promovată de ministrul justiției sau de către procurorul general de pe lângă Curtea de Casație. Împotriva sentinței date de Secția disciplinară de pe lângă Consiliul Superior al Magistraturii se poate formula recurs la Curtea de Casație, în secțiile reunite civile.

Franța. Nu sunt enunțate în mod expres și limitativ faptele ce constituie abateri disciplinare, ci acestea sunt stabilite de jurisprudența Consiliului Superior al Magistraturii. În această categorie sunt incluse atingerile aduse onoarei sau demnității (de exemplu, frecventarea de către magistrați a unor delictive notorii, prostituate, toxicomani etc., folosirea unui limbaj excesiv fie în timpul audierilor, fie în viața privată, publicarea unor articole rasiste, abuzul de funcție, intervențiile), neîndeplinirea îndatoririlor care incumbă statutului de magistrat (obligația profesională de imparțialitate, de diligență, de a cunoaște normele legale), neîndeplinirea îndatoririlor care rezultă din anumite funcții pe care magistratul le poate îndeplini. Sunt excluse din domeniul abaterilor disciplinare actele jurisdicționale – Consiliul Superior al Magistraturii nu poate face nici o apreciere cu privire la actele jurisdicționale ale magistratului, acestea neputând fi criticate decât prin intermediul căilor de atac prevăzute de lege, precum și aspectele vieții private a judecătorului – cu excepția comportamentului care devine public.

Tipurile de sancțiuni sunt destul de numeroase, respectiv : mustrare cu mențiune în dosar, mutare din oficiu, retragerea unor funcții, coborârea cu o treaptă profesională, excluderea temporară din funcții pe o perioadă maximă de 1 an, cu neplata totală sau parțială a retribuției, retrogradarea, scoaterea la pensie din oficiu sau încetarea funcției atunci când magistratul nu are dreptul la plata unei pensii, revocarea cu sau fără suspendarea drepturilor la pensie. Aceste sancțiuni nu se cumulează, cu excepția mutării din oficiu care poate însoți retragerea din unele funcții, coborârea cu o treaptă și retrogradarea.

Procedura disciplinară este de competență exclusivă a Consiliului Superior al Magistraturii, respectiv a celor două comisii, una pentru judecători și una pentru procurori, procedura desfășurându-se cu respectarea principiilor contradictorialității și publicității. Secția pentru judecători acționează ca o veritabilă instanță disciplinară în ceea ce privește sancționarea judecătorilor, în timp ce Secția pentru procurori emite doar un avis către ministrul justiției care, de fapt, are competența de a-l sancționa pe procuror.

Germania. Răspunderea disciplinară pentru judecători nu este reglementată în mod independent, nici la nivel federal și nici la nivel de land. Pentru judecătorii federali se aplică Legea disciplinară federală privind funcționarii publici, iar pentru judecătorii de land se aplică legile disciplinare pentru funcționarii publici de land.

Măsurile disciplinare aplicabile judecătorilor sunt avertismentul, amenda, reducerea indemnizației, retrogradarea, îndepărtarea din magistratură. Există însă și o răspundere disciplinară pentru judecătorii pensionați, iar sancțiunile constau în reducerea cuantumului pensiei ori neacordarea pensiei. Pentru abaterile minore există și „măsurile corective”, atenționarea (reprezintă o constatare obiectivă a unei situații contestabile, fără ca aceasta să i se impute judecătorului, de ex. redactarea hotărârii peste termenul prevăzut de lege) și somația (un apel de tip general la spiritul de responsabilitate al unui judecător în activitatea sa viitoare, nelegat de o situație anume). Pe linia controlului disciplinar ierarhic, măsurile se dispun de către conducătorul instanței unde activează judecătorul.

Foarte rar însă se demarează în Germania acțiuni disciplinare. Magistrații nu pot fi îndepărtați din sistem pentru incapacitate profesională, astfel cum se întâmplă în România, după cum o evaluare negativă nu conduce la excluderea din magistratură.

În ceea ce privește procedurile disciplinare din alte țări, evidențiem faptul că în **Andorra** procedura este declanșată de Consiliul juridic suprem pentru încălcări grave și foarte grave prevăzute în mod expres în lege, în **Azerbaidjan** de către Consiliul judecătorilor pentru infracțiuni minore, în **Belgia** încălcarea regulilor de conduită prevăzute prin lege sau rezultând din jurisprudență este sancționată de președintele instanței sau Adunarea disciplinară generală a curții de apel sau de casație, în funcție de gradul judecătorului și de gravitatea încălcării. În **Cipru**, fără a exista o listă specială a abaterilor disciplinare, sunt declanșate proceduri disciplinare pentru incapacitate mentală sau fizică ce împiedică judecătorul să își îndeplinească îndatoririle, pentru încălcarea îndatoririlor sale etice, sancțiunile fiind aplicate de Consiliul juridic, la fel ca și în **Malta** unde inabilitatea fizică sau mentală de a-și îndeplini îndatoririle, comportamentul necorespunzător sau foarte grav al judecătorului atrage înlăturarea din funcție de către Președintele țării sau prin adresă scrisă a Parlamentului, aprobată cu 2/3 din voturi. În **Cehia** un tribunal disciplinar decide asupra încălcării regulilor disciplinare prevăzute de lege, iar în **Estonia** nerespectarea procedurilor și orice încălcare care pune în pericol încrederea în sistemul juridic sunt judecate de Comitetul disciplinar al Curții supreme. În **Islanda**, pentru încălcarea îndeplinirii funcțiilor juridice se poate înainta o plângere scrisă la Comitetul pentru funcții juridice, iar dacă este găsită întemeiată judecătorul este invitat să răspundă în fața Comitetului. În ceea ce privește statul **Liechtenstein**, faptele sunt cele prevăzute în Statutele oficialilor statului și nu există o procedură specifică, ci este similară procedurii penale, iar organul competent este o curte superioară, respectiv curtea supremă, în funcție de gradul judecătorului. Specific **Lituani** este faptul că în cazul încălcării îndatoririlor judecătorești, încălcărilor flagrante ale legii, nerespectării regulilor privind incompatibilitatea, Comitetul etic și disciplinar al Consiliului juridic înaintează cazul unei Curți de onoare. În **Republica Moldova**, abateri disciplinare sunt considerate încălcarea premeditată a legii în administrarea justiției, ofensa disciplinară, activitatea publică cu caracter politic, încălcarea regulilor privind incompatibilitățile, încălcarea repetată sau gravă a Codului de conduită, iar organul competent este Comisia disciplinară a Consiliului juridic suprem. Specific **Olandei** este faptul că în cazul unor încălcări minore ale îndatoririlor sau ale regulilor de conduită de către judecător, președintele curții poate da un avertisment ; dacă judecătorul este condamnat sau comite o infracțiune și/sau este condamnat la o pedeapsă cu închisoarea, dacă este declarat falit sau necorespunzător din punct de vedere legal și, în general, dacă acționează de așa natură încât justiția sau încrederea în justiție sunt afectate grav, Curtea supremă poate dispune suspendarea sau

demiterea judecătorului. În **Norvegia**, printr-o lege recentă s-a pus capăt practicii prin care judecătorii, ca toate oficialitățile înalte, nu erau supuși procedurilor disciplinare, plângerea fiind de competența unui Comitet disciplinar compus din 2 judecători, 1 avocat și 2 persoane din afară, toți numiți de guvern, iar decizia comitetului poate fi modificată de un tribunal ordinar compus din judecători laici. În **Polonia**, procedura pentru încălcarea demnității funcției, încălcarea flagrantă a legilor, contravențiile săvârșite de judecători se aseamănă mult acțiunilor penale, iar competența de judecată aparține unor curți de apel disciplinare și instanței Supreme, cu observația că nu pot fi aplicate sancțiuni de natură pecuniară. Deosebit de interesant este și faptul că în această țară există o procedură disciplinară a magistraților aflați la pensie, obligați la rândul lor să respecte prestigiul magistratului. În **Portugalia**, asupra încălcărilor îndatoririlor profesionale, acțiunilor sau omisiunilor săvârșite de judecători, care sunt incompatibile cu demnitatea esențială exercitării funcțiilor juridice, se pronunță Consiliul juridic suprem, iar apelul se face la Curtea supremă. În **Slovacia și Slovenia** există tribunale disciplinare pentru constatarea încălcării regulilor disciplinare strict prevăzute de lege sau consecințelor unei condamnări penale. În **Turcia**, Consiliul suprem al judecătorilor și procurorilor se pronunță asupra neîndeplinirii de către magistrat a îndatoririlor, a comportamentului necorespunzător sau jignitor în timpul muncii, asupra pierderii de timp, aducerii de atingeri imaginii justiției, neîndeplinirii îndatoririlor administrative și ministeriale. Comitetele disciplinare au competența de a analiza în **Ucraina** încălcarea flagrantă a legii, neîndeplinirea îndatoririlor de către judecător și a acelor îndatoriri pe care le impune postul respectiv asupra vieții private a judecătorului.

În **Marea Britanie** nu sunt luate în calcul decât abateri disciplinare deosebit de grave ; regina înaintează o adresă către ambele Camere ale Parlamentului în cazul judecătorilor de rang înalt, iar lordul cancelar în cazul celorlați judecători, însă în toate cazurile nu se ia o asemenea măsură fără a se obține un raport juridic independent și fără acordul ministrului justiției.

În alte țări, cum sunt **Suedia și Finlanda**, nu există proceduri disciplinare, în Finlanda chiar și încălcarea îndatoririlor asociate postului, comportamentul dezonorant sau nedemn putând atrage acțiuni penale, sub jurisdicția unui consiliu juridic. În **Irlanda** există doar o procedură în fața Parlamentului pentru înlăturarea din funcție, ce se aseamănă procedurii de contestare derivată din dreptul cutumiar și este rareori folosită, iar în **Luxemburg, Danemarca și Ungaria** există o definiție largă a abaterilor disciplinare.

Potrivit datelor prezentate în Raportul „Sisteme judiciare europene : eficiența și calitatea justiției”, realizat de Comisia Europeană pentru Eficiența Justiției (CEPEJ)- 2008 la nivel european, în anul 2006 în Andorra, Islanda, Irlanda, Monaco, Muntenegru nu a fost aplicată absolut nici o sancțiune judecătorilor, în Estonia, Luxemburg, Slovacia, Slovenia o singură sancțiune-mustrare sau amendă, în timp ce la polul opus s-au situat Turcia, Ucraina, Serbia, Italia și Polonia cu zeci de sancțiuni.

România. Legea nr.303/2004 prevede în art.99 în mod limitativ faptele care constituie abateri disciplinare :

- încălcarea prevederilor legale referitoare la declarațiile de avere, declarațiile de interese, incompatibilități și interdicții privind judecătorii și procurorii ;

- intervențiile pentru soluționarea unor cereri, pretinderea sau acceptarea rezolvării intereselor personale sau ale membrilor familiei ori ale altor persoane, altfel decât în limita

cadrelui legal reglementat pentru toți cetățenii, precum și imixtiunea în activitatea altui judecător sau procuror ;

- desfășurarea de activități publice cu caracter politic sau manifestarea convingerilor politice în exercitarea atribuțiilor de serviciu ;

- nerespectarea secretului deliberării sau a confidențialității lucrărilor care au acest caracter ;

- nerespectarea în mod repetat și din motive imputabile a dispozițiilor legale privitoare la soluționarea cu celeritate a cauzelor ;

- refuzul nejustificat de a primi la dosar cererile, concluziile, memoriile sau actele depuse de părțile din proces ;

- refuzul nejustificat de a îndeplini o îndatorire de serviciu ;

- exercitarea funcției cu rea-credință sau gravă neglijență, dacă fapta nu constituie infracțiune. Art.99 lit.h a suscitat multe dispute deoarece în legislația românească nu există o definiție foarte clară a „relei-credințe” și „gravei neglijențe” în materie disciplinară, astfel cum nu există nici o delimitare foarte precisă între răspunderea disciplinară și cea penală (prevăzută de art.246 din Codul penal). Sub acest aspect, se cuvine menționat că în Franța a existat un proiect de lege care prevedea ca abatere disciplinară „încălcarea deliberată a principiilor directoare ale procedurii civile sau penale”. Consiliul de Stat din Franța a estimat însă că această dispoziție introduce un risc de neconstituționalitate, deoarece era susceptibil a aduce atingere independenței magistraților în activitatea lor jurisdicțională, motiv pentru care textul a fost retras.

- efectuarea cu întârziere a lucrărilor, din motive imputabile ;

- absențele nemotivate de la serviciu, în mod repetat ;

- atitudinea nedemnă în timpul exercitării atribuțiilor de serviciu față de colegi, avocați, experți, martori sau justițiabili ;

- neîndeplinirea obligației privind transferarea normei de bază la instanța sau parchetul la care funcționează ;

- nerespectarea dispozițiilor privind distribuirea aleatorie a cauzelor ;

- participarea directă sau prin persoane interpușe la jocurile de tip piramidal, jocuri de noroc sau sisteme de investiții pentru care nu este asigurată transparența fondurilor în condițiile legii.

Sanțiunile prevăzute de lege sunt avertismentul, diminuarea indemnizației de încadrare lunară brută cu până la 15% pe o perioadă de 1-3 luni, mutarea disciplinară pentru o perioadă de 1-3 luni la o instanță sau la un parchet situate în circumscripția aceleiași curți de apel ori în circumscripția aceluiași parchet de pe lângă aceasta, excluderea din magistratură.

În art.134 alin.2 din Constituția României se prevede că în domeniul răspunderii disciplinare a judecătorilor și procurorilor, Consiliul Superior al Magistraturii îndeplinește, prin secțiile sale, rolul de instanță de judecată, hotărârile sale putând fi atacate cu recurs la Completul de 9 judecători ai Înaltei Curți de Casație și Justiție. Răspunderea disciplinară a judecătorilor și procurorilor este reglementată de Legea nr.303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, republicată, iar procedura în această materie este stabilită de Legea nr.317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii și de Regulamentul de organizare și funcționare a Consiliului Superior al Magistraturii.

Se observă așadar, că există compatibilitate, sub un aspect sau altul, în materia răspunderii disciplinare, între legislația română și cea a altor state europene. Astfel, există

similaritate cu Franța în privința competenței Consiliului Superior al Magistraturii în materie disciplinară, precum și desfășurarea procedurii cu respectarea principiilor contradictorialității și publicității. Diferența este dată, în ceea ce îi privește pe procurori, de competența dată ministrului justiției francez de a aplica sancțiunea procurorului și reducerea rolului Secției pentru procurori din cadrul CSM la emiterea unui simplu avis. De asemenea, legislația din România, ca și cea din Spania, reglementează în mod expres și limitativ faptele ce constituie abateri disciplinare, spre deosebire de alte state unde faptele ce constituie abateri disciplinare interferează sau chiar se confundă cu aspecte ce țin de deontologia profesională. Deosebiri esențiale există însă în raport de Germania, unde nu există o reglementare specială a răspunderii magistratului, care răspunde ca orice funcționar public, este angajată răspunderea disciplinară chiar și a magistratului pensionat, dar incapacitatea profesională ori o evaluare negativă nu conduc, spre deosebire de reglementarea din România, la excluderea din magistratură.

Așa cum menționam la începutul studiului, răspunderea disciplinară a magistraților a format obiect de preocupare și în documentele cadru adoptate pe plan internațional.

În Avizul nr.3 al Consiliului Consultativ al Judecătorilor Europeni (CCJE) se evidențiază faptul că în orice sistem juridic este nevoie de o anumită formă de sistem disciplinar, deși există o distincție fundamentală între țările cu sistem bazat pe dreptul cutumiar, cu funcționarii juridici din poziții inferioare numiți dintre practicienii cu experiență și țările cu sistem bazat pe dreptul civil, cu corpul funcționarilor juridici mai numeros, de carieră și în medie mai tânăr. Este incorect a se face legătura între standardele de comportament profesional și comportamentul necorespunzător care poate da naștere la sancțiuni disciplinare. Pentru a justifica procedurile disciplinare, comportamentul necorespunzător trebuie să fie grav și flagrant, într-un mod care nu poate fi interpretat doar ca o nerespectare a standardelor profesionale prezentate în ghiduri de comportament.

Există state în care standardele profesionale sunt descrise ca având o anumită autoritate în procedurile disciplinare (Lituania, Republica Moldova). Însă, în opinia CJCE este necesar ca fiecare stat să specifice prin lege ce comportament poate duce la acțiuni disciplinare. În anumite țări s-au făcut încercări de a specifica în detaliu toate actele care pot motiva proceduri disciplinare, care să conducă la anumite forme de sancțiuni (Turcia, Slovenia), însă în ultimă instanță toate aceste încercări apelează la formulări generale „cuprinzătoare”, care ridică probleme de judecată și gradare a faptelor și sancțiunilor. Prin urmare, CJCE a considerat că nu este necesar și nici posibil la nivel european să se încerce a se defini toate motivele potențiale în alți termeni decât formularea generală adoptată în acest moment în majoritatea țărilor europene.

De asemenea, CJCE a exprimat opinia potrivit căreia orice persoană care susține că a avut de suferit de pe urma erorii profesionale a unui judecător să poată avea dreptul de a înainta orice plângere persoanei sau organismului răspunzător de inițierea acțiunilor disciplinare, aspect care se regăsește și în normele specifice din România. Aceste persoane nu pot avea însă dreptul de a iniția personal acțiuni disciplinare, deoarece trebuie să existe un filtru pentru ca judecătorii să nu se găsească în situația de a suporta proceduri disciplinare inițiate de litiganti care nu au avut câștig de cauză într-un anumit litigiu. Procedurile care conduc la inițierea acțiunilor disciplinare necesită un grad mai mare de formalizare, astfel încât este necesar să existe în fiecare țară un organism responsabil cu primirea plângerilor, cu reprezentarea judecătorului implicat în fața lor și cu capacitatea de

a hotărî, în funcție de dovezi, dacă există sau nu un caz împotriva judecătorului care să necesite inițierea acțiunii disciplinare.

Recomandarea nr.R (94) 12 a Comitetului de Miniștri a Consiliului Europei recomandă ca măsurile disciplinare să fie aplicate de „un organism competent special care are ca sarcină să aplice orice sancțiuni și măsuri disciplinare, când nu sunt aplicate de un tribunal și ale cărui decizii vor fi controlate de un organ juridic superior” și că, din acest punct de vedere, judecătorii trebuie să beneficieze cel puțin de măsuri de protecție echivalente celor conferite de art.6.1 al Convenției Europene pentru Drepturile Omului.

CCJE și-a exprimat punctul de vedere potrivit căruia procedurile disciplinare împotriva oricărui judecător trebuie decise numai de o autoritate independentă sau un tribunal, care are proceduri de garantare completă a dreptului la apărare. Organismul responsabil de numirea unui astfel de tribunal trebuie să fie organismul independent (cu reprezentare juridică relevantă, ales democratic de alți judecători), care să fie în general răspunzător de numirea judecătorilor. Aceasta nu exclude în nici un fel includerea între membrii unui tribunal disciplinar a altor persoane decât judecători, întotdeauna cu condiția ca aceste persoane să nu fie membri ai legislativului, guvernului sau administrației.

Personal, apreciem că o astfel de idee nu ar trebui exclusă în ceea ce privește ponderea mai mare a membrilor societății civile în cadrul Consiliului Superior al Magistraturii din România, sub aspectul rolului său de instanță disciplinară. Însă selectarea unor astfel de membri din afara sistemului judiciar trebuie realizată după criterii care să cuprindă, în afara criteriilor de înaltă moralitate și probitate profesională, solide cunoștințe despre organizarea și funcționarea sistemului judiciar din România.

Reglementările privind procedurile disciplinare în fiecare țară trebuie să fie astfel încât să permită un apel la decizia organismului disciplinar inițial în fața unei curți, respectiv contestarea acestei decizii în fața unei instanțe de judecată propriu-zise.

În ceea ce privește sancțiunile, în sistemele bazate pe dreptul cutumiar, cu corpuri judiciare mici și omogene, compuse din practicieni în vârstă și experimentați, singura sancțiune formală considerată în mod evident necesară este măsura extremă a demiterii, dar avertismentele și contactele informale se pot dovedi foarte eficiente. În alte țări, cu sisteme juridice mai mari, mult mai disparate și în unele cazuri mai puțin experimentate, se consideră potrivită o gradare a sancțiunilor, uneori incluzând chiar sancțiuni pecuniare.

Carta Europeană a Statutului Judecătorilor stipulează în art.5.1 că „scara sancțiunilor care pot fi impuse este prevăzută în statut și trebuie să se supună principiului proporționalității”. CJCE a susținut necesitatea ca fiecare jurisdicție să identifice sancțiunile permisibile în propriul sistem disciplinar și ca asemenea sancțiuni să fie proporționale, însă nu a considerat necesar ca la nivel european să se încerce stabilirea unei liste finale.

Sigur că nu putem încheia prezentul studiu fără o referire succintă la factorii de presiune în angajarea răspunderii disciplinare a judecătorilor din România. În marea majoritate a situațiilor, activitatea magistraților este prezentată sistematic într-o lumină defavorabilă, greșelile unor magistrați fiind generalizate mediatic în sarcina întregii categorii profesionale. Fiecare justițiabil în confruntarea cu altul/alții, fie că sunt persoane sau autorități, are pretenția că el are dreptate, iar atunci când pierde singura sa explicație este că magistratul este fie incompetent, fie corupt. Desigur că în formarea unei imagini corecte un rol important revine „intermediarilor justiției”, mai ales categoriei profesionale a avocaților, care asigură dialogul profesional, juridic dinte cetățean și magistrat.

Subiectivismul apărătorului, ca și subiectivismul clientului, pot aduce prejudicii majore de imagine asupra a ceea ce înseamnă justiția și magistratul, fie ca imagine generală, fie că este vorba de o speță concretă. În ceea ce privește influența factorului politic, deși responsabili politici la vârf s-au întrecut întotdeauna în a afirma că sunt de acord cu independența justiției și a magistratului, realitatea confirmată cel puțin de sondaje și de mass-media este alta. Chiar dacă nu este identificată o intervenție directă într-un anumit dosar, discursurile publice preluate în emisiuni de maximă audiență sau în presa de largă răspândire națională, exercită o anumită influență asupra magistraților, dar mai ales asupra opiniei publice, de regulă cu sumară educație juridică, prin inițiativele, mesajele directe sau indirecte pe care le emit oamenii politici.

Așadar, dacă la nivel normativ s-a reușit o compatibilizare a răspunderii disciplinare a magistratului cu cel european, rămân însă multe de discutat sub aspectul presiunilor publice, a condițiilor materiale și financiare în care magistratul îndeplinește actul de justiție, departe de compatibilizare cu cele europene.

BIBLIOGRAFIE

Constituția României publicată în Monitorul Oficial nr.767 din 31 octombrie 2003, Partea I.

Legea nr.303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, republicată în Monitorul Oficial nr.826 din 13 septembrie 2005, cu modificările ulterioare publicate în Monitorul Oficial nr.684 din 8 octombrie 2007.

Legea nr.317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii, cu modificările ulterioare, republicată în Monitorul Oficial nr.827 din 13 septembrie 2005, Partea I.

Legea nr.96/2006 privind statutul deputaților și senatorilor, republicată în Monitorul Oficial nr.763 din 12 noiembrie 2008.

Regulamentul de organizare și funcționare a Consiliului Superior al Magistraturii aprobat prin Hotărârea nr.326 din 24 august 2005 a Plenului Consiliului Superior al Magistraturii, publicată în Monitorul Oficial nr.867 din 27 septembrie 2005, cu modificările ulterioare publicate în Monitorul Oficial nr.684 din 8 octombrie 2007.

Avizul nr.3 al Consiliului Consultativ al Judecătorilor Europeni (CCJE) în atenția Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei, Strasbourg, 19 noiembrie 2002.

Opinia Consiliului Consultativ al Judecătorilor Europeni nr.1/2001.

Recomandarea nr.R (94) 12 a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei privind independența, eficiența și rolul judecătorilor, adoptată la 13 octombrie 1994.

Carta Europeană a Statutului Judecătorilor, adoptată la 8-10 iulie 1998.

I. Deleanu, Tratat de procedură civilă, vol. I, Editura All Beck, București, 2005.

I. Leș, Organizarea sistemului judiciar românesc. Noile reglementări, Editura All Beck, București, 2005.

V.M. Ciobanu, Câteva reflecții cu privire la reforma justiției civile în România, în „Dreptul” nr.2/2006.

Deontologia profesiei de magistrat. Repere contemporane, coordonatori Mona-Maria Pivniceru, Cătălin Luca, București, Editura Hamangiu, 2008.

Ion Popa, Tratat privind profesia de magistrat în România, Universul Juridic, București, 2007.

Raportul „Sisteme judiciare europene : eficiența și calitatea justiției”, realizat de Comisia Europeană pentru Eficiența Justiției (CEPEJ), 2008.

Memorandum consultativ către Consiliul Superior al Magistraturii referitor la propunerea de elaborare a unui îndrumar de aplicare a sancțiunilor disciplinare, întocmit de M. B. Zimmer în luna mai 2006 și redactat de Asociația Baroului American/Inițiativa Juridică pentru Europa Centrală și Eurasia (ABBA/CEELI), cu finanțarea asigurată de Agenția Statelor Unite pentru Dezvoltare Internațională (USAID).

www.csm.it.

www.csm1909.ro

www.just.ro

www.legifrance.gouv.fr.

www.conseil-superieur-magistrature.fr.

www.bundesrecht.juris.de.

PROPUNERE DE LEGE FERENDA PRIVIND INTRODUCEREA UNUI SISTEM AUTOMAT DE DESPĂGUBIRE A VICTIMELOR PRIVĂRII SAU RESTRÂNGERII NELEGALE DE LIBERTATE

IOSOF RADU

Judecător , Tribunalul Mureș

Abstract: Romanian jurisprudence has recorded, among other criteria for granting moral damages, the one that refers to the preventive arrest duration. Could this criterion be considered separately in order to give the grounds for the prejudice caused by the violation of the right to freedom? We believe that a basic level should be established for quantifying the prejudice amount and this can be done by introducing a scale and a maximum level for cases when deprivation or restriction of liberty occurs.

Keywords: moral damages, deprivation of liberty, restriction of liberty, right to freedom, objective criteria.

În legătură cu noțiunea de prejudiciu moral, în literatura juridică română s-a spus că „prejudiciul moral cuprinde atât vătămarile aduse persoanei în onoarea, demnitatea, pozițiunea socială, creditul, libertatea sau reputațiunea sa, cât și pe acela care constituie o lezare a sentimentelor sale de afecțiune”¹. Daunele morale, s-a mai spus, reprezintă în realitate „suferințe sau neplăceri – de ordin fizic sau psihic – dar nici într-o măsură pierderi materiale”². Alți autori au fost de părere că „prejudiciul este nepatrimonial dacă nu poate fi exprimat și reparat în bani”³, și s-a subliniat că „paguba materială, având un caracter economic, constituie un prejudiciu patrimonial, în timp ce dauna morală este un prejudiciu extrapatrimonial, adică orice altă daună neeconomică”⁴.

Ținând seama de cele prezentate mai sus s-a conchis că „prejudiciul nepatrimonial sau moral constă în rezultatul dăunător direct, de natură nepatrimonială, al unei fapte ilicite și culpabile, prin care se aduce atingere valorilor cu conținut neeconomic care definesc personalitatea umană”⁵.

Împărtășim punctul de vedere potrivit căruia prin *daune morale înțelegem durerile fizice sau psihice cauzate unei persoane*⁶.

După 1989 doctrina juridică română a înregistrat o evoluție constantă în direcția reparării bănești a prejudiciilor de natură morală. În consecință atât literatura juridică cât și jurisprudența au admis posibilitatea reparării bănești a daunelor nepatrimoniale. De altfel

¹ N.D.Ghimpa, Responsabilitatea civilă delictuală și contractuală. Studiu de doctrină și jurisprudență, București, 1946, p.191.

² P.Anca, în T.R.Popescu, P.Anca, *Teoria generală a obligațiilor*, Editura Științifică, București, 1968, p.164.

³ I.M. Anghel, Fr. Deak, M.F.Popa, *Răspunderea civilă*, Editura Științifică, București, 1970, p.82

⁴ A se vedea A.Ionașcu, *La réparation des dommages moraux en droit socialiste roumain*, în *Revue roumaine des sciences sociales, Séries de sciences juridiques*, nr.2/1968, p.207 și urm.

⁵ I.Albu, V.Ursa, *Răspunderea civilă pentru daunele morale*, Ed.Dacia, Cluj-Napoca, 1979, p.61.

⁶ A se vedea și I.Urs, *Repararea daunelor morale*, Editura Lumina Lex, București, 2001, p.14

această orientare corespunde și jurisprudenței europene în materie. Astfel, de exemplu Curtea Europeană a Drepturilor Omului în aplicarea prevederilor art.5 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, care se referă la dreptul la libertate și siguranță, a acordat despăgubiri bănești pentru daunele morale cauzate de o arestare abuzivă sau o condamnare nedreaptă¹.

În mai multe state a început să se introducă un sistem de compensare automat a prejudiciilor, în diverse situații. Aceasta se datorează și reținerii unei răspunderi obiective a autorului faptei ilicite, răspunderea intervenind imediat ce se constată existența faptei și a prejudiciului. Nefiind necesară verificarea vinovăției sub aspectul culpei, nu se mai pune problema întinderii acesteia. Prin urmare se va face o analiză și apreciere doar asupra existenței faptei ilicite și a întinderii prejudiciului, deci și a cuantumului compensațiilor pentru paguba suferită. Astfel de exemplu, în Franța prin Legea din 17 iulie 1970 s-a instituit o „Comisie de indemnizare a detenților provizorii”². S-a considerat în doctrina franceză că această comisie este determinată la încălcarea prezumției de nevinovăție și autorității de lucru judecat prin faptul că trebuie să distingă între adevărații și falșii inocenți, pentru a nu despăgubi pe primii. S-a criticat că din acest motiv ședințele comisiei sunt secrete, în camera de consiliu³. Această comisie are de fapt caracterul unei instanțe superioare care analizează recursurile formulate împotriva deciziei prin care Președintele Curții de Apel soluționează cererile de reparare a daunelor cauzate prin detenția provizorie. Împotriva soluțiilor comisiei nu mai este posibilă exercitarea nici a unei căi de atac.

Sistemul răspunderii pentru privare nelegală de libertate s-a considerat că este unul inadaptat: răspunderea pentru culpă este injustă și riscă să paralizeze acțiunile judecătorului de instrucție; răspunderea fără culpă obligă la distingerea între „adevărata” și „falsa” nevinovăție în violarea prezumției de nevinovăție. S-a apreciat că singurul mijloc de a ieși din acest impas este instituirea unei indemnizări automate a tuturor celor aflați în detenții provizorii, urmate de achitări. Acest cadru asigură antrenarea responsabilității pentru garanție socială⁴. Acest sistem nu este însă scutit de critici. În timp ce majoritatea avocaților, victimele lipsirii de libertate, și doctrina sunt în favoarea unei indemnizări automate, pe baza hotărârii de punere în libertate, încetare a procesului sau de achitare, judecătoria se opun unui asemenea sistem care nu ar mai lăsa posibilitatea aprecierii asupra tuturor consecințelor măsurii luate nelegale. Astfel s-a considerat că prin instituirea

¹ *Loukanov contra Bulgaria*, din 20 martie 1997 preluată de pe www.echr.coe.int. Este de remarcat că instanța europeană a analizat cu ocazia soluționării acestei cauze doar prejudiciul moral ce a fost solicitat de reclamant, iar acesta a fost acordat în baza art.50 din Convenție

² După 2001 denumirea ei a fost schimbată în *Commission nationale d'indemnisation (Comisia națională de despăgubiri)*. Din comisie fac parte Președintele Curții de Casație sau reprezentantul acestuia, în calitate de președinte a acesteia; doi magistrați cu grad de președinte de cameră (secție) sau consilier, desemnați de biroul curții, trei supleanți de asemenea desemnați de biroul curții.

³ F. Munoz, *L'indemnisation des détentions provisoires injustifiées : du secours à la garantie sociale* în *Justice et responsabilité de l'État*, coordonator Maryse Deguerge, Editura Presses Universitaires de France, 2003, Paris, p.131

⁴ *Idem* p.128. Totuși se consideră discutabilă instituirea unui asemenea sistem care ar putea să preseze bugetul statului datorită numărului mare de arestați preventiv, posibile victime ale unor măsuri nelegale. Astfel de exemplu în România până la finele anului 2008 au fost trimiși în judecată în stare de arest preventiv un număr de 5473 persoane, în timp ce până la sfârșitul lui 2007 au fost trimise în judecată în stare de arest doar 5205, conform *Raportului de activitate al Ministerului Public pe anul 2008*, disponibil pe www.mpublic.ro

drept principiu a indemnizării automate, și doar neindemnizarea să constituie excepția s-ar aduce atingere unei satisfacții echitabile a victimelor. O arestare nelegală poate produce diverse tipuri de prejudicii: pierderea locului de muncă, divorțul, etc. iar acestea diferă de la o persoană la alta. Tocmai de aceea este nevoie din partea judecătorului o apreciere concretă a fiecărui prejudiciu și nu doar analizarea simplă a lipsei de libertate¹. Este de remarcat că în Franța despăgubirile se pot acorda doar în urma unor decizii de: a) scoatere de sub urmărire (*non-lieu*), b) de finalizarea a procesului fără o condamnare pentru contravenții și delictе (*de relax*), c) de achitare pentru crime (în sensul de infracțiuni, în franceză folosindu-se termenul *d'acquittement*)². Deci simpla lăsarea în libertate a unei persoane, chiar dacă arestarea nu este legală, nu poate duce la despăgubirea ei. Este necesară o soluție a judecătorului de instrucție sau a instanței care să constate nevinovăția persoanei pe fond.

În Elveția în legislația asigurărilor sociale exista texte care reglementează modul de determinare a indemnizației, stabilindu-se un maxim care nu poate fi depășit³. În dreptul civil elvețian, art. 49 alineatul 1 din Codul obligațiilor prevede că, în cazul atingerilor aduse intereselor personale, reclamantul are dreptul la o indemnizate, atunci când aceasta este justificată de gravitatea prejudiciului și de gravitatea deosebită a greșelii. În caz de urmărire penală nejustificată sau proces cu detenție nelegală se face aplicarea acestui articol. În acest caz nu se aplică metoda baremului, ci criteriile generale: publicitatea cazului, durata și modul unei detenții.

În Germania legea (*Strafrechtsentscädigungsgesetz*), prevede o reparare forfetară automată pentru fiecare zi de detenție, în caz de arest preventiv nelegal. În Marea Britanie la fel există un barem clar în funcție de care se calculează despăgubirile.

În cazul privării sau restrângerii nelegale de libertate s-ar pune problema din ce categorie de drepturi, și respectiv prejudicii, ar face parte o asemenea situație, din cea drepturilor patrimoniale sau nepatrimoniale. Se observă că dreptul lezat al persoanei este dreptul la libertate. Acest drept este unul garantat prin art.23 din Constituție, care prevede și condițiile în care se pot lua măsurile de natură a priva o persoană de libertate. Această

¹ A se vedea pentru opoziția la ideea unui asemenea sistem de indemnizare automată și interviul cu președintele Curții de Casație a Franței, Guy Canivet în M.Deguerge (coordonator), *op.cit.*, p.252

² Cu privire la soluțiile de *non-lieu*, nu există un corespondent în limba română având în vedere specificul dreptului penal francez,deciziile fiind date de un judecător de instrucție. În sistemul dreptului român aceasta ar consta eventual în pronunțarea unei soluții de scoatere de sub urmărire penală de către procuror. În Franța faptele antisociale ce pot fi supuse unei pedepse sunt împărțite în contravenții, delictе și crime. În cazul primelor două se pronunță soluția *de relax*, iar pentru crime soluția de *achitare*.

³ Pornind de la Legea federală privind asigurarea în caz de accidente, s-a discutat în doctrina și jurisprudența elvețiană despre așa numita metodă „în doi pași”. Astfel potrivit art.24 din lege, persoana asigurată are dreptul la o indemnizație echitabilă, alături de renta pentru invaliditate, ea neputând depăși suma maximă a câștigului anual asigurat la data accidentului. O revizuire a acesteia este posibilă doar dacă agravarea este importantă și nu era previzibilă. Pentru prejudiciile cu caracter special, se va putea aplica baremul prin analogie, ținând cont de gravitatea atingerii. Deci în primul pas se calculează reparația de bază, conform unor sume existente în tabelele puse la dispoziția instanței, iar în al doilea pas suma respectivă este ridicată sau micșorată, în raport de împrejurările concrete ale speței. În al doilea pas se aplică criteriile generale de drept comun, stabilite prin doctrină și jurisprudență.

garanție a statului se extinde și asupra cazurilor de încălcare a acestui drept, și deci a nașterii obligației de a despăgubi persoana lezată.

Drepturile subiective intim legate de persoana titularului lor, fiind lipsite de un conținut economic, nu sunt susceptibile de evaluare banescă și nu fac parte din patrimoniul acelei persoane. Din această categorie face parte și dreptul la libertate.¹

Fiind un drept personal, neevaluabil în bani, prejudiciul creat prin încălcarea acestuia se încadrează în categoria celor nepatrimoniale, iar pe cale de consecință daunele solicitate sunt daune morale.

În jurisprudența română s-a reținut ca și criteriu al acordării daunelor morale între altele și durata arestării preventive. Ar fi posibilă disocierea acestui criteriu în vederea obiectivării prejudiciului cauzat prin încălcarea dreptului la libertate? Considerăm că răspunsul nu poate fi decât unul afirmativ. Prin privarea sau restrângerea nelegală de libertate se cauzează o serie de prejudicii care pot face parte din categorii diferite: cauzate personalității fizice (de exemplu sănătății persoanei), cauzate personalității afective (de exemplu la afectarea vieții familie prin lipsa persoanei din cadrul ei), personalității sociale (ce poate consta în lezarea onoarei și imaginii persoanei). Desigur că prin indemnizarea doar a daunei provocate prin încălcarea dreptului la libertate nu se reușește și compensarea pentru restul prejudiciilor cauzate. Credem însă că este importantă fixarea unui punct de plecare în aprecierea cuantumului prejudiciului care se poate face prin instituirea unui barem și a unui plafon maxim pentru privarea sau restrângerea de libertate. Ulterior stabilirii sumei se poate discuta și despre repararea celorlalte de categorii de prejudicii, în funcție însă și de dovedirea lor. Această reparare însă se poate face atât prin mijloace nepatrimoniale, în temeiul Decretului nr.31/1954, cât și prin compensare bănească. Totodată o astfel de prevedere nu ar exclude posibilitatea unei acțiuni în regres împotriva celui responsabil în condițiile legii². Aceasta în cazul în care persoana vinovată nu a contribuit la un fond de garantare, din care se face indemnizarea prejudiciului.

În toate statele europene se caută soluții pentru găsirea unor criterii obiective, care să evite subiectivismul în aprecierea daunelor morale de către instanțele de judecată. Aceasta deoarece în multe situații se înregistrează diferențe de acordare a compensațiilor, uneori foarte mari, fiecare judecător având propria sa apreciere asupra „valorii” unei ore sau zile de reținere, arest preventiv, detenție sau restrângere de libertate. Această apreciere poate veni din datele dosarului, din modul de prezentare a cazului în fața instanței de reprezentanții persoanei vătămate, de persoana judecătorului, etc. Pentru a se evita o asemenea inechitate, ar fi necesară existența unei dezbateri asupra necesității instituirii unui sistem unitar de reguli de dezdăunare în funcție de un criteriu obiectiv³.

Considerăm că indemnizarea victimei unei privări sau restrângeri nelegale de libertate ar putea avea loc prin fixarea unui barem în funcție de ore de reținere, precum și de zile, luni sau ani de detenție nelegală. De asemenea s-ar putea prevedea un plafon maxim de

¹ E.Lupan, I.Sabău-Pop, *Tratat de drept civil român.vol.I, Partea generală*, Editura C.H.Beck, București, 2006, p.111

² Aceeași opinie a fost exprimată și în literatura franceză: M.Sousse, *La notion de réparation des dommages en droit administratif français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de droit public, 1994, p.155

³ Pentru discuții la nivel european pentru instituirea unui asemenea criteriu în cazul daunelor morale a se vedea M.Boar, *Repararea bănească a daunelor morale în dreptul unor state vest-europene*, în *Dreptul* nr.8/1996, p.34-35.

acordare a compensațiilor bănești. În România, spre deosebire de instanțele europene, nu se face deosebire între categoriile de prejudicii nepatrimoniale suferite de victima erorii judiciare, ci se acordă o sumă globală care se apreciază în funcție de mai multe criterii: consecințele suferite pe plan fizic și psihic; expunerea la disprețul public în calitate de inculpat și de condamnat; atingerea gravă adusă onoarei și demnității sale ; aducerea sa în incinta instanțelor și a parchetelor, ca inculpat, în mod repetat, timp de aproape 6 ani pentru o faptă inexistentă și lipsirea ilegală de libertate timp de 3 luni ; sentimentul de frustrare accentuată creat reclamantului, de deumanizare și de afectare gravă a prestigiului său profesional și a personalității sale morale¹ ; vârsta reclamantului, și durata pedepsei² și altele. Aceste criterii au apărut în jurisprudență ca urmare a dezvoltării prevederilor art.505 al.1 C.pr.pen., în care se arată că *„La stabilirea întinderii reparației se ține seama de durata privării de libertate sau a restrângerii de libertate suportate, precum și de consecințele produse asupra persoanei ori asupra familiei celui privat de libertate sau a cărui libertate a fost restrânsă”*.

Prin instituirea unui singur criteriu în cazul lipirii de libertate, și lăsarea posibilității reparării și a celorlalte categorii de prejudicii, în situația justificării lor, s-ar crea o jurisprudență unitară, și s-ar acorda o satisfacție echitabilă victimei erorii judiciare, iar soluția ar fi previzibilă. Or Curtea Europeană de Justiție în mai multe cauze a condamnat România tocmai pentru lipsa previzibilității soluției ce se pronunță în cadrul procesului, prin existența unei jurisprudențe neunitare. Tocmai de aceea s-ar putea institui o comisie de indemnizare după modelul francez, însă la nivelul Curților de Apel, alcătuită din președintele instanței și doi președinți de secție, care să soluționeze cererile de acordare a despăgubirilor ca urmare a privării sau restrângerii de libertate în mod nelegal. Procedura s-ar putea desfășura în Camera de Consiliu. Împotriva soluțiilor comisiei s-ar putea exercita o singură cale de atac, care va fi soluționată de Înalta curte de Casație și Justiție în ședință publică tocmai în scopul asigurării unei jurisprudențe unitare. De altfel pentru sistemul judiciar român aceasta nu ar fi o premieră deoarece în prezent, în baza Legii nr.211/2004, la nivelul fiecărui tribunal există Comisia pentru acordarea de compensații financiare victimelor infracțiunilor, aceasta acordând însă compensații financiare victimelor infracțiunii și nu a erorilor judiciare³. Această procedură simplificată ar duce la

¹ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă, *Decizia nr. 4286 din 8 iunie 2004*, preluată de pe www.scj.ro

² Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă, *Decizia nr.4632 din 17 decembrie 2002*, preluată de pe www.scj.ro

³ Conform art.28 al.2 din Legea nr.211/2004 (publicată în Monitorul Oficial nr.505 din 4 iunie 2004) Comisia pentru acordarea de compensații financiare victimelor infracțiunilor este alcătuită „din cel puțin doi judecători, desemnați pentru o perioadă de 3 ani de adunarea generală a judecătorilor tribunalului.” Cererea de compensație financiară și cererea privind acordarea unui avans din compensația financiară se soluționează în camera de consiliu, cu citarea victimei. Participarea procurorului este obligatorie. Hotărârea poate fi atacată cu recurs la curtea de apel, în termen de 15 zile de la comunicare. Fondurile necesare pentru acordarea compensației financiare sau a avansului din aceasta pentru victimele infracțiunilor se asigură de la bugetul de stat, prin bugetul Ministerului Justiției. Statul, prin Ministerul Justiției, se subrogă în drepturile victimei care a beneficiat de compensație financiară sau de un avans din aceasta pentru recuperarea sumelor plătite victimei. Menționăm că ideea existenței acestei comisii a fost preluată tot după sistemul francez unde poartă denumirea de „Commission d’Indemnisation des Victimes d’Infractions Pénales”, și care își desfășoară activitatea în cadrul Tribunaux de Grande Instance (Tribunale de

soluționarea cu mai multă rapiditate a cererilor, ar degreva instanțele ordinare de încălcătură, și s-ar evita administrări de probe cu cuantumul indemnizației pentru lipsirea de libertate, singurul aspect ce interesează fiind durata acesteia.

Bibliografie

1. Anghel I.M., Deak Fr., Popa M.F., (1970), *Răspunderea civilă*, Editura Științifică, București;
2. Albu I., Ursa V., (1979), *Răspunderea civilă pentru daunele morale*, Ed.Dacia, Cluj-Napoca;
3. Boar M., *Repararea bănească a daunelor morale în dreptul unor state vest-europene*, în *Dreptul* nr.8/1996
4. Deguerge M., coordonator, (2003), *Justice et responsabilité de l'État*, coordonator, Editura Presses Universitaires de France, Paris;
5. Ghimpa N.D., (1946), *Responsabilitatea civilă delictuală și contractuală. Studiu de doctrină și jurisprudență*, București;
6. Ionașcu A., *La réparation des dommages moraux en droit socialiste roumain*, în *Revue roumaine des sciences sociales, Séries de sciences juridiques*, nr.2/1968
7. Popescu, T.R., Anca P., (1968) *Teoria generală a obligațiilor*, Editura Științifică, București;
8. Sousse M., (1994), *La notion de réparation des dommages en droit administratif français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de droit public, 1994
9. Urs I., *Repararea daunelor morale*, (2001) Editura Lumina Lex, București;
10. www.scj.ro
11. www.mpublic.ro
12. www.echr.coe.int

mare instanță), echivalentul Tribunalului din România. Deci și în cazul comisiilor de despăgubire a celor arestați pe nedrept s-ar putea prelua același model, la nivelul Curților de Apel.

PARLAMENTUL EUROPEAN-VERITABIL ORGAN REPREZENTATIV ?

RAMONA DELIA POPESCU
consilier juridic Ministerul Justiției
doctorand Facultatea de Drept, Universitatea din București

Abstract: As regarding the legal nature of the European Union numerous point of views were couched: it is a federal state, a confederation, an international organization, a sui generis supranational and intergovernmental organization, within its framework the member states keep their sovereignty, on the one hand and a few competences are devolved to the Union, to its institutions respectively, on the other hand. Thus, the accession of new member states assumed ab initio the transfer to the Union of powers of state sovereignty, and thereafter the common exercise of some powers that traditionally fall within the scope of state sovereign power. The topic of accession and integration is differently regulated into the constitutions of member states: while the majority of states' constitutions explicitly provide a default limitation of national sovereignty, establishing institutional guarantees for the obligations assumed through accession acts, others do not contain any provision regarding their membership to a supranational structure. Thus, in the context of the European integration the need for rethinking the concept of sovereignty flourished, new concepts emerging like: open statehood, post-sovereignty, late-sovereignty, multilevel governance.

Keywords: suveranitate, integrare, Parlament European, raport de reprezentare, legitimitate, alegeri europene

CAPITOLUL 1 **LOCUL PARLAMENTULUI EUROPEAN ÎN CADRUL INSTITUȚIILOR** **EUROPENE**

SECȚIUNEA 1 *SCURTE CONSIDERAȚII PRIVIND ORGANIZAREA STATALĂ A PUTERII*

În centrul gândirii politice și juridice de-a lungul timpului s-au situat două valori fundamentale, și anume puterea, ca un imperativ social și libertatea ca un mod natural de existență umană.

Pentru prezentul demers științific prezintă interes, clarificarea unor termeni, cum ar fi putere, legitimitate, democrație, reprezentativitate, mandat, suveranitate. Categoria largă de putere apare în diferite exprimări ca putere de stat, putere politică, putere publică, puteri publice, iar pe de altă parte este exprimată prin noțiunea de suveranitate. Astfel, termenul de *putere* provine din latinescul *potestas* ceea ce semnifică puterea derivată de la popor către senat; în Roma antică puterea aparținea poporului, iar autoritatea era a Senatului. Puterea reprezintă capacitatea de a acționa în sensul de a exprima și realiza voința generală ca voință obligatorie a poporului. Acest termen reprezintă un concept cheie în sistemul oricărei organizări sociale, în legătură cu acesta ridicându-se numeroase întrebări: care sunt sursele și fundamentul puterii; care este titularul puterii; cum se exercită puterea sau cum

se realizează relațiile de putere; de ce este necesară instituționalizarea puterii. Sursa puterii este de origine socială, întrucât omul fiind o ființă socială trăiește într-o colectivitate în interiorul căreia ființele umane interacționează unele cu altele, comunitate ce are nevoie de organizare. Pe de altă parte, fiecare individ are dreptul de a contesta puterea inclusiv sub aspectul legitimității, dar și de a o sprijini sau de a i se conforma. Cauza puterii rezidă în relațiile de putere, în interacțiunea dintre guvernați și guvernanți, relații din care rezultă legitimitatea puterii. Legitimitatea acesteia rezultă totodată și din normele juridice, de regulă de natură constituțională, care nu doar o legitimează, dar o și limitează, o constrânge la ceea ce este rațional, necesar și util.

Pe de altă parte nu orice tip de putere este, în același timp și putere politică. Astfel, dacă termenul politic desemnează caracterul social al puterii, exprimarea putere politică desemnează puterea poporului, a națiunii¹. Puterea politică desemnează puterea poporului, ca voință general obligatorie, ce trebuie adusă la îndeplinire, fie direct prin diferite mijloace (referendumul fiind cel mai cunoscut), fie de către organele/autoritățile statului. Apare astfel, necesitatea instituționalizării puterii, sub forma organelor de stat, puterea astfel instituționalizată reprezentând puterea de stat.²

Ca să se poată impune puterea trebuie să fie legitimă, iar deciziile politice să exprime voința generală a poporului. Termenul de legitimitate provine din latinescul "*legitimus*", ce înseamnă "conform cu legea". Legitimitatea politică reprezintă un principiu conform căruia un sistem de guvernare, o putere politică se exercită pe baza unui drept conferit de guvernați, de cetățeni, pe baza unor înțelegeri legiferate. Prin aceasta cetățenii recunosc dreptul de guvernare al puterii politice. Legitimitatea politică dă și autoritatea politică, cu cât o putere politică este mai legitimă, cu atât autoritatea ei politică este mai mare. Legitimitatea unui regim nu poate fi recunoscută odată pentru totdeauna, ea trebuie supusă mereu unei revizuirii, deoarece trebuie să existe mereu o concordanță între valorile proclamate inițial și realizările sale ulterioare. Formalizarea puterii prin reguli, în primul rând de natură constituțională este un proces complex ce implică printre altele, modul de desemnare a guvernanților, natura și conținutul mandatului lor, diviziunea funcțională și teritorială a puterii, controlul și echilibrul între puteri, proceduri decizionale. Astfel, legitimarea unei puteri statale poate fi privită dintr-o dublă perspectivă: cea a desemnării structurilor de putere, adică a modalității de instaurare a puterii de stat și cea a concordanței dintre conținutul deciziilor politice și voința generală a poporului. În încercarea de a legitima puterea, adică de a explica sursa și fundamentul acesteia, de-a lungul istoriei au fost formulate mai multe teorii, aici fiind reținute cele referitoare la legitimitatea divină, legitimitatea carismatică și legitimitatea legală (rațională), formulate de Max Weber. Legitimitatea divină sau tradițională care își întemeiază dreptul la guvernare pe ideea caracterului sacru al puterii, a originii divine, a reprezentantului ei - de regulă monarhul, a corespuns antichității și societății medievale și o bună parte a epocii moderne sub forma monarhiilor constituționale. În acest caz legitimitatea puterii se făcea

¹ MURARU, Ioan, TĂNĂSESCU, Elena Simina, **Drept constituțional și instituții politice**, vol. 2, ediția a 13-a, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 2; MURARU, Ioan, TĂNĂSESCU, Elena Simina, MURARU, Andrei, BENKE, Karol, EREMIA, Mihail, IANCU, Gheorghe, POPESCU, Corneliu Liviu, DEACONU, Ștefan, **Alegerile și corpul electoral**, Editura All Beck, București, 2005, p. 39-41

² Puterea instituționalizată apare sub forma puterii publice, a puterii de stat, exercitată prin organele statului.

prin divinitate, ea fiind exterioară omului, societății. Legitimitatea carismatică prin persoana carismatică a conducătorului care, sub diferite forme-duce, fuhrer, conducător, căpitan, mare lider-prin calitățile sale naturale excepționale, legitimează puterea, se impune maselor care îl acceptă, calitățile acestuia având un rol decisiv în legitimitatea politică¹. Legitimitatea civilă sau legală a apărut în societatea modernă, odată cu democratismul politic. Ea se întemeiază pe lege, pe votul popular, pe referendum, care astfel legitimează puterea politică. În calitatea sa de titular suveran al puterii, poporul poate exercita această putere în forme mai mult sau mai puțin directe, una dintre acestea fiind democrația. Acest termen derivă de la cuvintele grecești *demos* (popor) și *cratos* (putere), semnificând guvernarea poporului de către popor și pentru popor. Astfel, poporul se înfățișează ca putere originară, iar organele constituite de el pentru a-și exprima și realiza voința sunt puteri derivate². O caracteristică a democrației o reprezintă pluralismul instituțional care presupune pe de o parte instituționalizarea puterii populare și realizarea ei în forme adecvate (inițiativa populară constituțională sau legislativă, sufragiul universal, dreptul de revocare sau de disoluție a organelor electivă, veto-ul popular, referendumul, în primul rând constituțional), iar pe de altă parte instituționalizarea puterii legislative (parlamentul), a puterii executive (președintele, guvernul) și a puterii judecătorești. În determinarea conceptului organizării statale a puterii se impune evidențierea unui atribut fundamental al puterii de stat și anume suveranitatea. Suveranitatea, ca fenomen social-politic obiectiv și elaborarea conceptului suveranității au apărut în momente istorice diferite. În prima accepțiune, suveranitatea a apărut odată cu puterea de stat, fiind atributul inerent al acesteia, iar elaborarea conceptului de suveranitate s-a realizat în Evul Mediu, evoluția sa istorică fiind concretizată în teoriile despre suveranitate: teocratică (Jean Bodin), contractului social (J.J.Rousseau), teoriile lui Hugo Grotius sau Thomas Hobbes, respectiv noile teorii care reconsideră elementele constitutive ale suveranității din perspectiva procesului de integrare a statelor europene. Toate aceste teorii au urmărit determinarea titularului suveranității, căruia îi sunt recunoscute anumite prerogative. Astfel, în teoriile teocratice titular al puterii era monarhul absolut, iar în cele moderne titularul absolut al puterii politice, al suveranității este poporul sau națiunea, iar statul este titularul puterii publice, al puterii de stat, ce i s-a încredințat în mod legitim de către popor. Majoritatea constituțiilor consacră în mod expres legătura indisolubilă ce se stabilește între putere și popor, între putere și stat, între popor și stat.³ Cât privește relația dintre popor și putere, esențial de precizat este faptul că puterea aparține totdeauna poporului, acesta fiind titularul puterii, iar pentru exercitarea acestei puteri, poporul creează statul, ca un ansamblu sistematizat de organe de stat. Astfel, poporul exercită puterea indirect prin organele sale reprezentative și direct prin referendum.

Ideea de reprezentare presupune delegarea puterii de către titularul acesteia care este poporul unor organe, desemnate de către acesta prin intermediul procedurilor electorale. Consecința ideii de reprezentare a fost apariția reprezentanților (deputați, senatori) care au format parlamentele, ce realizează funcția legislativă a statului, precum și apariția

¹ În realitate, nu este vorba de o legitimitate a guvernului, a puterii, ci o manipulare a maselor, a forței de persuasiune și instinct, de dominare pe care conducătorul o are asupra celor guvernați.

² DELEANU, Ion, *Instituții și proceduri constituționale, în dreptul român și dreptul comparat*, C.H. Beck, București, 2006, p. 103

³ Pentru dezvoltări a se vedea VARGA, Attila, **Constituționalitatea procesului legislativ**, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 10-25

sistemelor electorale, în baza cărora reprezentanții poporului sunt desemnați. Astfel, poporul este titularul suveranității naționale, iar Parlamentul este organul care, în baza împuternicirii primite de la popor exercită această suveranitate prin anumite competențe și funcții determinate în Constituție. Prin urmare, Parlamentul constituie o manifestare a suveranității naționale și dă expresie puterii poporului, componența sa neputând fi alta decât cea care rezultă din voința manifestată de electorat la urne. Pe de altă parte, Parlamentul odată constituit trebuie să se manifeste ca un exponent al intereselor politice ale întregului popor, disociindu-se prin mandatul încredințat de protejarea unor interese particulare, personale, locale sau de grup, ce ar intra în contradicție cu interesele generale ale societății. Necesitatea unei teorii a reprezentării s-a simțit odată cu apariția timpurie a instituției parlamentului, în secolul al XIII-lea, când a devenit indispensabil a se ști cine și de ce era reprezentat, care erau puterile reprezentanților, ținând seama de faptul că în teoria medievală principele suveran „reprezenta” totalitatea teritoriului și poporului său. Problema a luat o nouă dimensiune când a apărut „poporul” drept reprezentant al suveranității, deoarece poporul ca atare nu putea să guverneze și, în mod necesar, trebuia să o facă prin reprezentare și prin delegare.

Principiul reprezentării presupune un transfer de putere sau de voință politică de la deținătorul legitim al acesteia, adică poporul, către un individ sau/și un grup de persoane, constituite în autorități reprezentative, desemnate prin proceduri prestabilite, repetate periodic, la care au acces cetățenii, în condiții de egalitate juridică, autorități ce au drept scop să exprime voința politică a corpului electoral. Participarea prin reprezentare a poporului la treburile publice constituie substanța democrației reprezentative, care reprezintă o formă de guvernare a statului în care puterea suverană a poporului/națiunii nu se exercită direct de către acesta/aceasta, ci prin intermediul unor organe reprezentative, alese, periodic de către cetățeni. Calitatea de reprezentant nu este dată parlamentarului, ci Adunării reprezentative, mandatul dat fiind colectiv. Delegarea, pe de altă parte nu implică în mod necesar alegeri, putându-se realiza și prin alte forme. Mandatul acordat însă nu mai poate fi cenzurat de membrii poporului/națiunii, care nu mai au nici dreptul de decizie finală, ci trebuie să se supună deciziilor luate de națiune ca o voință superioară și distinctă de suma individualităților.

În ceea ce privește mandatul acordat reprezentanților, acesta trebuie analizat atât din perspectiva membrilor adunărilor parlamentare, cât și din cea a adunărilor luate ca un întreg. Astfel, în ceea ce privește mandatul parlamentar există două accepțiuni: în sens restrâns, acesta se raportează la mandatul deputaților și senatorilor, referindu-se la durata mandatului cât și la autoritatea ce le este conferită; în sens larg, se referă la mandatul camerelor și la Parlament în întregul său, referindu-se la durata acestora. Dar odată delegată puterea reprezentanților trebuie stabilite limite între care aceștia acționează, fie prin instituirea unor mecanisme de răspundere în fața celor care i-au desemnat, fie prin controlul reciproc al puterilor. În cele de mai sus, analizarea organizării puterii politice, al cărei deținător este poporul a avut în vedere existența unui stat, ale cărui autorități reprezentative sunt însărcinate cu exercitarea suveranității naționale. În cele ce urmează vom încerca să aflăm dacă această modalitate a organizării puterii la nivel statal, poate fi transpusă la nivelul mai larg al construcției europene, în contextul creării și evoluției Uniunii Europene, care odată cu Tratatul de la Lisabona va dobândi personalitate juridică și în contextul transferării de către statele membre la nivel european a unor atribute ale suveranității naționale.

SECȚIUNEA A 2-A
NATURA JURIDICĂ A UNIUNII EUROPENE ȘI EFECTELE INTEGRĂRII STATELOR
MEMBRE ASUPRA SUVERANITĂȚII NAȚIONALE

Uniunea Europeană a cunoscut o îndelungată evoluție¹ ce s-a manifestat atât pe plan orizontal (componență), pe plan vertical (domeniile de acțiune ale Uniunii Europene), cât și funcțional (prerogativele și atribuțiile diverselor instituții comunitare). Astfel, la originea sa au stat cele trei organizații internaționale: Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului (creată prin Tratatul de la Paris din 1952) ce a funcționat între cele 6 state membre², precum și Comunitatea Europeană pentru Energie Atomică și Comunitatea Economică Europeană (ultimele două create în 1957 prin Tratatul de la Roma). Ulterior, s-a ajuns la existența unei singure entități internaționale, denumite Uniunea Europeană, ce nu are încă personalitate juridică, ce reunește un număr de 27 state membre.³ Tratatul de la Lisabona⁴ consacră expres personalitatea juridică a Uniunii Europene, aceasta fiind persoană juridică de drept public⁵, ce se manifestă în ordinea juridică a statelor membre, în dreptul comunitar și în dreptul internațional, îi consolidează legitimitatea democratică și o face mai transparentă.

În plan vertical, se constată o evoluție spectaculoasă în ceea ce privește procesul de integrare, inițial economică și ulterior și politică între statele membre. Potrivit Tratatului de la Maastricht, ce constituie actul fondator al Uniunii Europene, Uniunea este fondată pe Comunitățile Europene (care constituie pilonul comunitar), completate de politicile și formele de cooperare instaurate de prezentul tratat (cooperare interguvernamentală –

¹ A se vedea CĂLINOIU, Constanța, DUCULESCU, Victor, **Drept constituțional european**, Editura *Lumina Lex*, București, 2008, p. 172-177; Coord. MURARU, Ioan, TĂNĂSESCU, Elena Simina, **Constituția României-comentariu pe articole**, Editura *C.H. Beck*, București, 2008, p. 1428-1441; FUEREA, Augustin, **Manualul Uniunii Europene**, ediția a III-a, Editura *Universul Juridic*, București, 2006, p. 13-78; FILIPESCU, Ion P, FUEREA, Augustin, **Drept instituțional comunitar european**, ediția a V-a, Editura *Actami*, București, 2000, p. 9-23; GORNIG, Gilbert, RUSU, Ioana Eleonora, **Dreptul Uniunii Europene**, Editura *C.H. Beck*, București, 2007, p. 8-24

² Belgia, Franța, Germania, Italia, Luxembourg și Olanda

³ Pornind de la cele 6 state membre s-a ajuns la 27 ca urmare a mai multe valuri de extinderi succesive: Danemarca, Marea Britanie, Irlanda (1973), Spania, Portugalia și Grecia (1980), Austria, Finlanda și Suedia (1995), Cehia, Cipru, Estonia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Slovacia, Slovenia, Ungaria (2004) și Bulgaria, România (2007).

⁴ Tratatul de la Lisabona a fost ratificat de Parlament prin Legea nr.13/2008 de ratificarea a Tratatului de la Lisabona, publicată în M.Of. nr. 107 din 12 februarie 2008. Tratatul a fost semnat la 13 decembrie 2007 de către șefii de stat/de guvern și miniștrii afacerilor externe ai UE, la Lisabona. La fel ca și Tratatul de la Amsterdam și, respectiv, Nisa, Tratatul de la Lisabona (TL) este un tratat de amendare a Tratatelor existente - Tratatul Uniunii Europene (TUE), care își va păstra denumirea, și Tratatul Comunităților Europene (TCE), acesta din urmă urmând să fie redenumit Tratatul privind funcționarea Uniunii (TFUE). Elaborarea lui s-a realizat în baza mandatului precis și detaliat agreat la Consiliul European din 21-23 iunie 2007, și care a reluat practic substanța prevederilor fostului Tratat Constituțional.

⁵ Personalitatea juridică, ce îi conferă Uniunii și o existență juridică, alături de cea politică este o premisă a creșterii rolului său pe plan internațional, inclusiv a reprezentării sale individuale în organizații și conferințe internaționale.

ceilalți doi piloni: politica externă și de securitate comună și cooperare polițienească și judiciară în materie penală). Deși caracterul supranațional este vizibil în special în cadrul primului pilon, celelalte două având caracter interguvernamental, este cert că pentru prima dată toate aceste elemente apar în mod concret într-un tratat de integrare, depășind sfera declarațiilor politice sau a abordărilor sectoriale. În cadrul Uniunii se manifestă o împletire de interese ale statelor (la nivelul Consiliului), ale popoarelor (Parlamentul European), la nivelul intereselor generale ale Uniunii Europene (Comisia) și la nivelul statului de drept (Curtea de Justiție). În prezent, entitatea care a unificat Comunitățile Europene, a devenit o organizație suprastatală de integrare, cu aspirații de tip federalist, în cadrul căreia structurile sale instituționale se confruntă cu dificultăți de funcționare, iar integrarea statelor membre, mai ales în domenii ce țin strict de suveranitatea națională este pusă încă sub semnul întrebării. În plan funcțional, se constată importante redimensionări în raporturile de influență și de pondere ale diferitelor instituții comunitare, modificări ce au generat totodată probleme juridice în ceea ce privește exercitarea competențelor de către instituțiile comunitare în raport cu statele membre.¹ În ceea ce privește natura juridică a Uniunii Europene au fost formulate mai multe opinii²: reprezintă un stat federal, o confederație, o organizație internațională, o structură sui generis, ea prezentând trăsături specifice mai multor categorii de subiecte. Au existat și opinii conform cărora Uniunea se manifestă ca o putere publică ce presupune, ca prim nivel, exercițiul comun al suveranităților statelor membre. În temeiul personalității juridice, ce va fi dobândită urmare intrării în vigoare a Tratatului de la Lisabona, Uniunea se poate manifesta autonom și independent de statele membre³. Alături de alți autori suntem de părere că Uniunea Europeană este o organizație *sui generis* supranațională și interguvernamentală în același timp, în care statele își conservă prerogativele suverane, pe de o parte, iar o parte a competențelor suverane sunt transferate Uniunii, în speță instituțiilor sale, pe de altă parte⁴.

¹ De exemplu, în anumite domenii comunitare în care competențele Uniunii sunt clare și exclusive, Curtea a recunoscut totuși posibilitatea statelor de a adopta anumite măsuri naționale, ca o consecință a faptului că nu existau încă elaborate măsuri la nivel comunitar. Astfel, în cauza Cassis de Dijon (1970), Germania a invocat absența unei organizații comune a pieței pentru apărarea măsurilor comerciale care interzic comercializarea alcoolului prezentând un grad de concentrare inferior. Curtea a admis dreptul statelor, în absența unei organizații comune de a regla producția, dar a subliniat totodată că aceasta se efectuează în limitele strict bazate pe rațiuni interpretative de interes general, datorită riscurilor create pentru circulația comunitară de către disparitățile legislației naționale. Totodată ea a respins teza susținută de Germania a inexistenței unei organizații și a recurs la alte motive de interes general.

² BERCEA, Raluca, **Drept comunitar. Principii**, Editura C.H. Beck, București, 2007, p. 27-56; TROPER, Michel, **Droit constitutionnel**, 30^e edition, LGDJ, Paris, 2007, p. 325-331

³ ISAAC, Guy citat de Molinier, Joel în La notion de pouvoir public commun et la nature des Communautés européennes în Melanges en hommage a Guy Isaac, Ed. Presses de l'Université de Sciences Sociales, 2004, p. 191

⁴ Trebuie menționat că, la fel ca în Proiectul instituind o Constituție pentru Europa, în care se vorbește despre voința popoarelor Europei de a fi unite în diversitate, despre respectarea egalității statelor membre și Tratatul de reformă de la Lisabona preia și întărește aceste exigențe ale definirii Uniunii Europene: "Uniunea respectă egalitatea statelor membre în raport cu tratatele, precum și identitatea lor națională, inerentă structurilor lor fundamentale politice și constituționale, inclusiv în ceea ce privește autonomia locală și regională. Aceasta respectă funcțiile esențiale ale statului și, în special, pe cele care au ca obiect asigurarea integrității sale teritoriale, menținerea ordinii publice și

Astfel, aderarea de noi state la Uniunea Europeană presupune *ab initio* transferul către aceasta a unor atribuții specifice suveranității de stat, iar ulterior aderării exercitarea în comun cu celelalte state membre a unor competențe care tradițional, țin de domeniul puterii de stat suverane. Transferul de competențe la nivel comunitar trebuie să se reflecte în constituțiile statelor. Articolul 148 din Constituția României reglementează mai multe aspecte referitoare la integrarea României în Uniunea Europeană, începând cu aderarea propriu-zisă și continuând cu participarea României în cadrul organizației supranatale ca stat membru cu drepturi depline.¹ În constituțiile statelor membre problema aderării și integrării într-o organizație supranațională este reglementată diferit, în vreme ce majoritatea² prevăd expres implicita limitare a suveranității naționale pe care o prevăd aceste procese, stabilind garanții de ordin instituțional pentru obligațiile asumate prin actul de aderare, alte state³ nu prevăd nimic în constituțiile lor cu privire la structura supranațională din care fac parte. În alte state există prevederi care fac trimitere la Uniunea Europeană: dreptul cetățenilor europeni de a vota la alegerile locale și pentru alegerile pentru Parlamentul European⁴, participarea parlamentelor naționale la procesul decizional

apărarea securității naționale. În special, securitatea națională rămâne responsabilitatea exclusivă a fiecărui stat membru. Uniunea respectă bogăția diversității sale culturale și lingvistice și veghează la protejarea și dezvoltarea patrimoniului cultural european.”

¹ De asemenea, prin același articol se reglementează garanții de ordin instituțional în vederea respectării principiului *pacta sunt servanda* în planul relațiilor dintre state, precum și pentru buna funcționare a statului român în cadrul organizației supranaționale.

² Constituția Austriei prevede dispoziții referitoare la alegerea Parlamentului European, autoritățile care participă la nominalizarea membrilor instituțiilor Uniunii Europene, obligația Federației de a informa unitățile federate și de a ține seama de pozițiile acestora în materia proiectelor europene în care sunt competente să se pronunțe, posibilitatea de a transfera unităților federate exercitarea dreptului de vot în Consiliul Uniunii Europene. Constituția Franței din 1958 are inserat capitolul XV referitor la Comunitățile Europene și la Uniunea Europeană care arată cum se realizează transferul de competențe către Uniune. Potrivit art. 24 din Constituția Germaniei, se recunoaște, *expressis verbis*, federației posibilitatea de a transfera pe cale legislativă dreptul de suveranitate unor instituții internaționale. Art. 28 din Constituția Greciei permite atribuirea de competențe în favoarea organelor organizațiilor internaționale pe calea unui acord sau tratat internațional. Grecia poate să-și restrângă exercițiul suveranității naționale, în măsura în care această restricție este impusă de un interes național important, nu aduce atingere drepturilor omului și fundamentelor unui regim democratic și are loc în baza principiului egalității și sub condiția reciprocității. Constituția Italiei, în art. 11 autorizează în condiții de egalitate cu alte state... limitările aduse suveranității necesare într-o ordine juridică ce asigură pacea și justiția între națiuni. Art. 93 din Constituția Spaniei prevede că o lege organică va putea autoriza încheierea unor tratate care să atribuie unei organizații sau instituții internaționale exercitarea competențelor derivate din Constituție. Prevederi exprese privind delegarea de competențe către Uniunea Europeană regăsim și în Constituția Portugaliei – art. 7 alin 6, Constituția Suediei – art. 5 din capitolul 10, Constituția Irlandei – art. 29 alin 4.

³ Constituția Finlandei nu prevede posibilitatea transferului de competențe în favoarea unor organizații internaționale, transfer considerat, în practică, neconstituțional. Nici Constituția Olandei nu cuprinde prevederi referitoare la transferul de competențe către Uniunea Europeană, ea având dispoziții generale legate de aderarea la orice tratat internațional. A se vedea și Constituțiile Belgiei, Luxembourgului, Danemarcei

⁴ Germania, Franța, Portugalia, Spania, Belgia, Austria, România

din cadrul UE¹, participarea la uniunea monetară². Garanțiile instituționale prevăzute de Constituția României vizează toate cele trei puteri în stat, legislativă, executivă și judecătorească, în măsura în care participarea la Uniunea Europeană presupune participarea tuturor autorităților publice, în limita competențelor lor stabilite prin constituție, la respectarea și punerea în aplicare a prevederilor din sistemul normativ european. În general, constituțiile³ prevăd dispoziții din care rezultă modul de exercitare a suveranității, constituții ce emană de la o putere constituantă, care este expresia voinței poporului și care nu necesită regula unanimității pentru adoptarea lor. Or, la nivelul Uniunii Europene nu există o astfel de constituție care să fie adoptată de o putere constituantă ce reprezintă poporul european⁴ potrivit regulii majorității. La acest nivel, competențele⁵ Uniunii sunt acelea stabilite prin tratate, care pot fi modificate doar potrivit regulii unanimității, uniunea nedispunând de competența competențelor de care vorbesc juriștii germani. Potrivit Tratatului de la Lisabona, Uniunea are o competență de atribuire, iar competențele îi sunt conferite de statele membre, potrivit art. 3b din tratat: Delimitarea competențelor Uniunii este guvernată de principiul atribuirii. Exercitarea acestor competențe este reglementată de principiile subsidiarității și proporționalității. În temeiul principiului atribuirii, Uniunea acționează numai în limitele competențelor care i-au fost atribuite de statele membre prin tratate pentru realizarea obiectivelor stabilite prin aceste tratate. Orice competență care nu este atribuită Uniunii prin tratate aparține statelor membre.

Rezultă astfel de aici, legitimitatea Uniunii Europene din perspectiva statelor membre. Astfel, Uniunea a fost constituită de state europene, prin tratate, statele dotând structurile UE, în virtutea suveranității de care se bucură, cu competențe proprii, în același timp păstrându-și personalitatea juridică internațională. Statele acționează ca poli de legitimitate ai acțiunilor comune⁶, interesele lor fiind reprezentate de Consiliu și de Consiliul European ce au rol în materie de politică externă și de securitate comună și politică de securitate și de apărare comună. Legitimitatea din perspectiva cetățenilor va fi analizată într-un capitol ulterior. În consecință, legitimitatea la nivel european presupune două dimensiuni, una ce se manifestă pe plan interguvernamental, ce se referă la trei aspecte: reprezentarea statelor membre în cadrul instituțiilor UE cu natură interguvernamentală precum Consiliul UE, Consiliul European; ponderea voturilor fiecărui stat în procesul decizional european; atribuțiile instituțiilor UE în care statele sunt reprezentate și locul lor în cadrul instituțional unic. A doua, pe plan comunitar, ce are în vedere alte trei aspecte: reprezentarea cetățenilor europeni în instituțiile UE supranaționale precum Parlamentul European; participarea

¹ Germania, Finlanda, Portugalia, Austria, Suedia, Franța, Belgia, Grecia

² Franța, Germania, Portugalia, Grecia

³ A se vedea pe larg SCHWARZE, Jurgen, *The birth of a European Constitutional Order. The interaction of National and European Constitutional Law*, *Nomos Verlaagesellschaft*, Baden-Baden, 2001, p. 467-529

⁴ Curtea Constituțională a Germaniei a negat, în mod justificat calitatea de stat a Uniunii Europene, argumentând prin aceea că lipsește un popor european, ca bază pentru legitimarea democratică a puterii sale statale. Uniunea Europeană este, în opinia Curții, doar o formă dinamică de organizare a statelor europene.

⁵ CRAIG, Paul, **The treaty of Lisbon, process, architecture and substance**, *European Law Review* nr. 33(2)/2008, p. 137-166

⁶ BERCEA Raluca, op. cit., p. 321

parlamentelor naționale la procesul decizional european; atribuțiile instituțiilor politice în care sunt reprezentați cetățenii europeni și locul lor în cadrul instituțional unic. În literatura de specialitate se apreciază că transferul competențelor către Uniunea Europeană nu poate fi justificat prin prisma teoriei clasice privitoare la suveranitatea națională. Statele membre, asumându-și răspunderea exercitării în comun a unor competențe ce țin în mod clasic de suveranitatea națională, înțeleg să facă acest lucru, în virtutea capacității lor suverane¹ de decizie, incluzând în legea internă, respectiv în Constituție, partajarea exercitării unor atribuții ce țin de suveranitatea statului. În aceste condiții, suveranitatea statului nu este o noțiune care ține de națiune, ci una legată de lege, ceea ce face ca parlamentul să fie abilitat să stabilească dacă anumite atribuții statale pot fi exercitate în comun cu alte state sau nu. În literatura juridică și în jurisprudența instanțelor din statele membre a existat o întreagă dezbateră pe marginea problemei de a ști ce competențe și cât de multe pot fi delegate de statele membre, pentru a fi exercitate în comun, fără ca ele să-și piardă astfel suveranitatea. Aceste probleme au fost analizate de cele mai importante curți constituționale din Germania, Danemarca și Franța, cea mai importantă fiind Decizia Maastricht², pronunțată de Tribunalul Constituțional German. Prin aceste decizii, curțile au stabilit că prin proceduri constituționale, aceste state au căzut de acord să delege anumite competențe, pentru a fi exercitate în comun cu celelalte state membre, delegarea încadrându-se în limitele strict stabilite în tratatele de aderare; curțile au stabilit totodată o serie de criterii³ care să permită integrarea, fără pierderea suveranității.⁴ Astfel, în ceea ce privește natura juridică a atribuirilor de competențe și raportul acestora cu suveranitatea statelor membre au fost avansate mai multe opinii: se vorbește de faptul că tratatele atribuie Comunităților drepturi suverane, sau de un transfer de competențe de la state la Comunitate, pentru ca altele să se susțină că este vorba de o atribuire de competențe făcută de tratate care creează competențe comune. În contextul integrării europene, atât în doctrină, cât și în jurisprudență s-a simțit necesitatea revizuirii conceptului de suveranitate, pentru înțelegerea suveranității la nivelul UE fiind propuse noi concepte cum ar fi: „open statehood” (stat deschis) care se referă la deschiderea statului spre cooperarea internațională, fără afectarea suveranității statale, alți autori vorbesc despre suveranitatea popoarelor Uniunii, manifestată prin conferințele interguvernamentale, „guvernanta dincolo de suveranitatea statală”, „post-suveranitate”, „late sovereignty” (suveranitate târzie). Pornind de la Decizia Maastricht, în care Tribunalul constituțional german a arătat că nu poate exista un popor în afara unui stat, s-a ajuns a se discuta despre existența unui

¹ Astfel în cauza Van Gend&Loos, Curtea a atras atenția asupra faptului că CEE reprezintă o nouă ordine juridică a dreptului internațional public, în favoarea căreia statele și-au restrâns drepturile lor suverane, chiar dacă într-un cadru limitat, o ordine juridică ai cărei subiecți sunt nu numai statele membre dar și indivizii.

² Brunner, Constitutional Court of Germany, BVerfGE 89, 155 (1993), Maastricht decision

³ Consiliul Constituțional francez a stabilit de asemenea, în jurisprudența sa (Decizia nr. 92-3008 DC, 09.04.1992) condițiile esențiale pentru exercițiul suveranității naționale: structura de stat, independența națiunii, integritatea teritorială, drepturile și libertățile fundamentale ale cetățenilor. Consiliul a arătat că aceste condiții sunt încălcate de prevederile Tratatului de la Maastricht referitoare la uniunea monetară, politica vizelor, dreptul cetățenilor europeni de a vota la alegerile locale. Astfel, în Constituția Franței au fost incluse noi dispoziții – art. 88 1 – 88 3

⁴ Pentru detalii a se vedea ALBI, Anneli, VAN ELSUWEGE, Peter, op. cit., p. 744-747

popor european, de fapt a unor popoare europene reunite în cadrul unui stat federal.¹ De asemenea, pentru fundamentarea ideii de demos, s-au folosit expresii care să nu aducă în discuție caracterul statal al Uniunii, cum ar fi: „European Commonwealth”, „system of multilevel governance” (guvernanta la mai multe niveluri), „integrative federalism” (federalism integrativ) sau „supranational federation” (federație supranațională). În contextul revizuirii conceptului de suveranitate pornind de la suveranitatea statală și ajungând la suveranitatea popoarelor europene ori a popoarelor și a statelor membre², exercitată în comun, în viitor vor fi necesare revizuirii constituționale care să permită transferul de competențe necesar pentru integrarea europeană. În măsura în care s-ar ajunge la reinterpretarea conceptului de suveranitate în sensul teoriilor menționate, constituțiile tuturor statelor membre ar trebui să cuprindă dispoziții exprese referitoare la: delegarea de competențe către Uniunea Europeană, și nu doar texte generale referitoare la organizațiile internaționale; exercitarea suveranității atât la nivel național, cât și la nivel european, ultima prin intermediul Parlamentului European; poziția dreptului european față de dreptul național; reglementări care să permită interacțiunea dintre ordinea juridică națională și cea europeană. Rămâne însă de văzut în ce direcție va evolua Uniunea Europeană și dacă va fi creat un demos în sensul clasic al termenului care să fie titularul unei puteri suverane europene, ce va fi exercitată prin intermediul unor autorități reprezentative. De altfel, Curtea Constituțională³ a României s-a pronunțat în sensul că prin actele de transfer ale unor atribuții către structurile Uniunii Europene, acestea nu dobândesc, prin înzestrare, o supracompetență, o suveranitate proprie. În realitate, statele membre ale UE au decis să exercite în comun anumite atribuții care, în mod tradițional țin de domeniul suveranității naționale.

CAPITOLUL AL 2-LEA

LEGITIMITATEA DIRECTĂ A SISTEMULUI INSTITUȚIONAL EUROPEAN ȘI RAPORTUL DE REPREZENTARE LA NIVEL EUROPEAN

SECȚIUNEA I

LEGITIMITATEA DIRECTĂ

Odată transferate de către statele membre, competențele trebuie exercitate la nivel european fie prin intermediul instituțiilor comunitare, din care face parte și Parlamentul European, fie la nivel interguvernamental prin cooperarea dintre statele membre. Dacă în ordinea juridică internă, rolul și poziția Parlamentului în cadrul autorităților statului sunt determinate de principiul echilibrului și controlului puterilor în stat, de competențele acestuia de elaborare a legilor și de control, precum și de legitimitatea democratică cât privește desemnarea membrilor săi, devenind astfel o autoritate fundamentală a societății și pentru societate⁴, la nivelul ordinii juridice europene nu se poate spune același lucru despre

¹ Idem, p. 756-761

² MACCORMICK, Neil, **Questioning post-sovereignty**, *European Law Review* nr. 29(6)/2004, p. 852-863

³ Decizia nr. 148 din 16 aprilie 2003 privind constituționalitatea propunerii legislative de revizuire a Constituției României, publicată în Monitorul Oficial nr. 317 din 12 mai 2003

⁴ John Locke în Al doilea tratat despre cărmuire arată că „... nu poate exista decât o singură putere supremă, care este cea legislativă și căreia toate celelalte îi sunt și trebuie să-i fie

Parlamentul European. La nivel european își găsește aplicarea principiul atribuirii de competențe, potrivit căruia inițial Parlamentul a avut doar rol consultativ, ulterior devenind veritabil legislator, membrii săi fiind desemnați, inițial, din rândul parlamentarilor naționali, ajungându-se ulterior la alegerea acestora prin vot direct, universal, organizat în cadrul fiecărui stat membru.

Pornind de la formula clasică a lui Lincoln, conform căreia în democrație legitimitatea își găsește susținerea în guvernământul pentru popor și prin popor, la nivel european a fost repusă în discuție legitimitatea puterii publice europene depinzând de capacitatea sa de a rezolva problemele celor guvernați, care le permite acestora să verifice că ea acționează în numele și interesul lor. Dacă la începutul construcției europene legitimitatea rezulta din organizarea sistemului instituțional, ulterior aceasta a fost căutată în modul de luare a deciziilor la nivel european. Până în anii '90 nu a existat necesitatea de a explica legitimitatea Comunităților Europene¹, abia după încheierea Actului Unic European și a Tratatului de la Maastricht s-a simțit la nivel european necesitatea de a explica legitimitatea Uniunii Europene, odată cu introducerea principiului majorității și cu autonomia crescândă a instituțiilor supranaționale devenind tot mai dificil a explica legitimitatea indirectă a Uniunii prin consensul tuturor statelor membre la luarea deciziilor. Legitimitatea Uniunii Europene se baza pe de o parte pe legitimitatea indirectă prin intermediul statelor membre (ai căror reprezentanți se reunesc în Consiliu) și prin intermediul parlamentelor naționale², iar pe de altă parte, pe legitimitatea directă prin intermediul Parlamentului European (alcătuit din reprezentanți ai popoarelor statelor membre). Legitimitatea Parlamentului European se baza pe modalitatea de alegere prin vot direct de către popoarele statelor membre a reprezentanților lor în parlament. Odată cu apariția Tratatului instituind o Constituție pentru Europa³, prevedere regăsită și în Tratatul de la Lisabona, în lumina

subordonare, totuși, legislativul fiind doar o putere mandatată să acționeze în vederea anumitor scopuri, rămâne în mâinile oamenilor puterea supremă de a schimba sau înlătura legislativul, atunci când ei găsesc că acesta acționează contrar încrederii puse în el.”

¹Trei sunt motivele care legitimau Uniunea: Uniunea Europeană era acceptată din motive tehnocractice, atâta vreme cât era necesară nu conta dacă era slab democratică sau depărtată de identitatea populară; de asemenea ea se bucura de legitimitate indirectă prin intermediul statelor membre, întrucât un organism alcătuit din guvernaminte legitime este el însuși legitim; problemele democratizării și formării identității pot fi mai bine rezolvate după ce poporul câștigă experiența practică cu instituțiile a căror legitimitate trebuie găsită.

²Tribunalul Constituțional German a statuat în Decizia Maastricht că legitimitatea democratică a acțiunilor Uniunii este o condiție esențială a calității de membru a Germaniei. Autoritatea Uniunii derivă în principal de la popoarele statelor membre prin intermediul parlamentelor acestora; ca rezultat, această indirectă legitimitate, provenind de la parlamentele naționale, limitează puterile Uniunii Europene, astfel încât cele mai importante puteri trebuie deținute de Bundestag. Totodată, Curtea reține că legitimarea democratică prin intermediul Parlamentului European a devenit din ce în ce mai importantă în contextul dezvoltării constante a uniunii (Cases 2 BvR 2134/92 and 2159/92, *Manfred Brunner et al v. The European Union Treaty*, 12 October 1993, BVerfGE Vol. 89, p. 155, 1 CMLR [1994], p. 57). A se vedea și LINDSETH, Peter, **The Maastricht Decision ten years later: Parliamentary democracy, separation of powers, and Schmittian interpretation reconsidered**, RSC nr. 18/2003, EUI Working Paper, European University Institute, 2003

³ Art.I-19 din Constituție privind Parlamentul European și capitolul referitor la viața democratică se referă la Parlamentul European în care cetățenii europeni (și nu popoarele statelor membre) sunt reprezentați.

conceptului de constituționalism multistratificat (multilevel constitutionalism)¹ s-a produs o schimbare de paradigmă în ceea ce privește sursa legitimității Parlamentului European: astfel, referirea la popoarele statelor membre din tratatele existente va fi înlocuită prin referirea la cetățeni, care sunt cetățeni atât ai uniunii, cât și ai statelor membre. În accepțiunea Tratatului de la Lisabona, Parlamentul nu mai reprezintă popoarele statelor membre reunite în comunitate, ci cetățenii Uniunii, deci identitatea politică europeană care rezultă din cetățenia europeană². Desigur nu poate fi vorba de un popor european, ci de o expresie a voinței de situare din ce în ce mai aproape de indivizi și de îndepărtare de ecranul statal.³

Tratatul de la Lisabona prevede principii aplicabile în orice democrație și anume: în toate activitățile sale, Uniunea respectă principiul egalității cetățenilor săi, care beneficiază de o atenție egală din partea instituțiilor, organelor, oficiilor și agențiilor sale; este cetățean al Uniunii orice persoană care are cetățenia unui stat membru; cetățenia Uniunii se adaugă cetățeniei naționale și nu o înlocuiește pe aceasta; funcționarea Uniunii se întemeiază pe principiul democrației reprezentative; cetățenii sunt reprezentați direct, la nivelul Uniunii, în Parlamentul European; Statele membre sunt reprezentate în Consiliul European de șefii lor de stat sau de guvern și în Consiliu de guvernele lor, care la rândul lor răspund în mod democratic fie în fața parlamentelor naționale, fie în fața cetățenilor lor; orice cetățean are dreptul de a participa la viața democratică a Uniunii; deciziile se iau în mod cât mai deschis și la un nivel cât mai apropiat posibil de cetățean; partidele politice la nivel european contribuie la formarea conștiinței politice europene și la exprimarea voinței cetățenilor Uniunii. Astfel, cetățenia europeană reprezintă expresia legitimității democratice a construcției europene și a unei uniuni din ce în ce mai strânse între popoarele europene, Curtea de Justiție calificând-o drept ”statutul fundamental al resortisanților statelor membre permițându-le acestora să obțină, independent de naționalitatea lor și fără prejudicierea excepțiilor special prevăzute în acest sens, același tratament juridic”⁴.

¹ PERNICE, Ingolf, **European v. National Constitutions**, *European Constitutional Law Review*, nr. 1/2005, p. 99–103; PERNICE, Ingolf, **Multilevel constitutionalism in the European Union**, *European Law Review* nr. 27(5)/2002, p. 511-529. Conceptul de constituționalism multistratificat cuprinde 5 elemente: conceptul de constituție la nivel postnațional, procesul de elaborare a constituției europene de către cetățenii europeni, constituția europeană și constituțiile naționale, multiplele identități ale cetățenilor Uniunii, Uniunea Europeană ca uniune a cetățenilor europeni.

² Cu privire la cetățenia europeană trebuie precizat că aceasta nu conferă în realitate titularilor săi un important proces decizional, conținutul ei cel mai important fiind dat de drepturile exclusiv politice. Cetățenia europeană este doar un catalog de drepturi, fără obligații, care nu conferă prerogative politice reale, așa cum presupune o veritabilă cetățenie. Pe de altă parte, criteriul în funcție de care se acordă cetățenia europeană exclude orice intervenție a Uniunii, ea fiind acordată ca urmare a calității de cetățean al unui stat membru al Uniunii Europene.

³ BLUMANN, Claude, DUBOIS, Louis, **Droit institutionnel de L’Union Européenne**, 3e edition, *Litec*, Paris, 2007, p. 212

⁴ CJCE, 20 septembrie 2001, cauza Grzelczyk, C-184/1999; CJCE, 17 septembrie 2002, cauza Baumbast, C-413/99; CJCE, 2 octombrie 2003, cauza Carlos Garcia Avello, C-148/02;

SECȚIUNEA A 2-A
RAPORTUL DE REPREZENTARE LA NIVEL EUROPEAN

1. Considerații generale

În cadrul Uniunii Europene problema legitimității democratice a acesteia și a instituțiilor sale, precum și a noțiunii de demos au ridicat numeroase discuții până în prezent¹. Întrucât este absolut imposibil pentru demos-ul modern a se aduna și a lua decizii politice, principiul democrației reprezentative stă azi la baza organizării fiecărui stat membru al UE. Dar întrucât statele membre transferă o parte din deciziile politice la nivel european asistăm la un proces denumit European multi-level governance² (guvernanta la mai multe niveluri), ce are consecințe asupra raporturilor dintre popoarele reprezentate și reprezentanții lor atât la nivel național, cât și la nivel european. În acest context, Parlamentul European ar trebui, pe de o parte să fie un veritabil reprezentant al intereselor celor care l-au desemnat (popoarele statelor membre/cetățenii Uniunii), conform teoriei clasice a reprezentării, iar pe de altă parte, conștient de propriile limite, ar trebui să coopereze cu parlamentele naționale în vederea respectării voinței generale a cetățenilor europeni. Înainte de a ne pronunța în legătură cu stabilirea faptului dacă Parlamentul European este o instituție reprezentativă, trebuie analizate câteva aspecte cu privire la constituirea parlamentului european, sistemul electoral folosit pentru alegerile parlamentare. În prezent, conform art. 189 CE, Parlamentul European este constituit din reprezentanți ai popoarelor statelor membre, reprezentând astfel popoarele statelor membre și nu poporul european. Tratatul de la Lisabona înlocuiește sintagma pluralității popoarelor statelor membre cu cea de cetățeni ai Uniunii, considerată ca un grup mai mult sau mai puțin omogen, prin care se încearcă întărirea raporturilor dintre reprezentanți și electorat și văzută ca o consecință a introducerii conceptului de cetățenie a Uniunii. Problema reprezentativității Parlamentului European pune de asemenea problema existenței unui demos la nivel European, iar în lipsa acestui demos, poate exista democrație la nivel European?³ Ne punem această întrebare, în condițiile în care în sistemul clasic al reprezentării, poporul este titularul puterii, care delegă exercițiul acesteia unor autorități reprezentative prin intermediul alegerilor. Consiliul Constituțional Francez printr-o decizie⁴ din aprilie 2003 a susținut poziția adoptată ulterior de Tratatul de la Lisabona, statuând că instituirea unor circumscripții pentru alegerea membrilor Parlamentului European în Franța nu este contrară principiului indivizibilității republicii și unității poporului francez, considerând membrii Parlamentului European ca reprezentanți ai cetățenilor Uniunii Europene rezidenți în Franța. În același sens, Tribunalul Constituțional German recunoaște

¹ Unii autori consideră însă că poate fi definit un demos european. Chiar dacă numai în statu nascendi, cu condiția ca odată în plus, să se renunțe la centrarea definiției acestuia pe elemente predeterminate (pe acela de origine etnică comună), în favoare unora suplimentare (deziderate integraționiste comune, valori concrete), care pot evolua.

² A se vedea www.europa.eu.int, Cartea albă a Comisiei Europene European Governance.

³ GERKRATH Jörg, **Representation of Citizens by the EP**, *European Constitutional Law Review*, 1/2005, p. 73–78

⁴ Décision No. 2003-468 DC (Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux parties politiques)

rolul cetățeniei Uniunii, identificând condițiile extra – legale pentru o adevărată democrație: o opinie publică europeană comună, transparența obiectivelor politice ale Uniunii, posibilitatea pentru fiecare cetățean al Uniunii de a comunica în limba sa cu orice autoritate publică și rolul central jucat de partidele politice și mass-media. Rămâne de văzut în ce măsură cetățenia europeană va contribui la constituirea unui singur ansamblu european de cetățeni (citizenry), capabil să înlocuiască poporul ca bază tradițională a reprezentării parlamentare. În dreptul constituțional cetățenia reprezintă apartenența unei persoane la un stat, legătura politico-juridică permanentă dintre persoana fizică și stat, în virtutea căreia cetățeanul este titularul tuturor drepturilor și obligațiilor prevăzute de Constituție și de legile țării, în special titularul drepturilor exclusiv politice, numai cetățenii fiind cointeresați la exercitarea puterii într-un stat. Astfel, drepturile exclusiv politice aparțin numai cetățenilor, pentru că ele pot fi folosite pentru participarea la guvernare, la guvernarea unei societăți participând deci numai cetățenii, adică aceia care sunt legați de destinele societății respective. La nivel european, ideea unei cetățenii avea în vedere crearea unei conștiințe și a unei voințe de a aparține unei colectivități comune fondate pe o lungă istorie, în alte cuvinte crearea unei identități europene. Inițial, resortisantului european i s-au recunoscut drepturi în calitatea sa de factor de producție, primul drept de acest fel fiind dreptul la liberă circulație, având deci un caracter economic. Or, așa cum am precizat mai sus, cetățenia presupune dorința cetățeanului de a participa la viața politică, de a fi titularul unor drepturi exclusiv politice, cum sunt dreptul de a alege și de a fi ales. Ulterior, Tratatul de la Maastricht instituie cetățenia europeană, făcându-se un pas important spre afirmarea identității europene, întrucât se recunoaște existența unui cetățean european (și nu doar a consumatorului european sau a resortisantului comunitar, muncitor sau independent) în construcția europeană¹. Astfel, cetățenia europeană se acordă automat cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene.² Tratatul de la Amsterdam clarifică raportul dintre cetățenia europeană și cea națională, precizând că cea dintâi o completează pe cea de-a doua, fără a o înlocui, dispoziție reluată ulterior și în Tratatul de la Lisabona.³ Astfel, raportul de reprezentare se realizează, la nivel european, între popoarele statelor membre, respectiv cetățenii Uniunii Europene și reprezentanții acestora în Parlament, fără să se poată vorbi încă de existența unui singur popor european care să exercite puterea (suveranitatea europeană). Pe de altă parte, aderarea la Uniunea Europeană presupune transferul unor atribuții proprii suveranității statelor la nivel supranațional, transfer ce nu ar fi posibil în absența unui control democratic din partea cetățenilor statelor membre. Acest control se realizează prin intermediul Parlamentului European ce este alcătuit din reprezentanți ai tuturor statelor membre, care se situează pe picior de egalitate. Parlamentul European poate astfel contribui, datorită creșterii competențelor sale decizionale la exercitarea în comun cu alte state membre a unor competențe care altă dată erau specifice

¹ GROZA, Anamaria, **Uniunea Europeană. Drept instituțional**, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 202

² CJCE a precizat că aceasta se acordă și în cazul persoanelor care au o dublă cetățenie – CJCE, 7 iulie 1992 cauza Micheletti, C-369/90

³ În doctrină se consideră că cetățenia europeană se alătură cetățeniei naționale, apărând mai degrabă ca o cetățenie specializată în raport cu cetățenia ordinară, fiind o cetățenie de superpunere, ce conferă drepturi suplimentare cetățenilor statelor membre ale Uniunii (PERTEK Jacques, **Droit des institutions de l'Union européenne**, Presses Universitaires de France, 2004, p. 98; DOLLAT, Patrick, **Droit européen et droit de l'Union Européenne**, Ed. Dalloz, 2005, p. 177

suveranității statelor membre. În consecință, desemnarea reprezentanților statelor (de fapt reprezentanții popoarelor statelor, la momentul intrării în vigoare a Tratatului de la Lisabona reprezentanții cetățenilor europeni) în Parlamentul European ar putea avea semnificația unei forme a exercitării puterii de stat a statelor membre, în măsura în care ar fi vorba de competențele transferate de la nivel național.¹ Dar, competențe în procesul decizional la nivel european au, cu precădere Consiliul European și Comisia, iar desemnarea lor nu se realizează printr-o modalitate democratică. Or, în aceste condiții este greu de admis că cetățenii statelor membre ar putea participa în mod real la exercitarea puterii de stat sau a atribuțiilor transferate către instituțiile comunitare ori a competențelor decizionale exercitate în comun de statele membre (la nivel interguvernamental), prin intermediul Parlamentului European, atâta vreme cât acesta nu are un rol legislativ decisiv. Parlamentul European beneficiază de un caracter democratic doar în ceea ce privește desemnarea membrilor săi, așa cum se va vedea în cele ce urmează.

2. Alegerile pentru Parlamentul European

2.1. Tipul de scrutin

Parlamentul European reprezintă interesele popoarelor statelor membre ale Comunităților, constituind încă de la origine o emanație a statelor membre și bucurându-se de inamovibilitate, întrucât nu a fost prevăzut nici un mecanism de dizolvare sau de demisie colectivă,² europarlamentarii putând să-și piardă mandatul doar ca urmare a nealegerii de către electorat la sfârșitul unui ciclu electoral. Inițial, membrii Parlamentului au avut un mandat dual, fiind numiți de statele membre din rândul membrilor parlamentelor naționale, după o procedură specifică fiecărui stat membru, dar încă din anul 1951 s-a susținut ideea ca aceștia să fie aleși prin sufragiu universal direct, după o procedură uniformă în toate statele membre drept de inițiativă, având însuși Parlamentul. Din prevederile tratatelor și a celorlalte reglementări secundare rezultă că mandatul parlamentarilor europeni este unul general și reprezentativ, fiind interzis mandatul imperativ. Din aceste texte nu rezultă dacă europarlamentarii trebuie să reprezinte cetățenii proprii pentru a apăra în mod colectiv totalitatea intereselor generale ale popoarelor statelor intrate în comunitate sau ei trebuie să reprezinte aceste popoare în mod colectiv, termenul popor fiind înțeles în sensul clasic, pentru a apăra un interes colectiv care trebuie să fie distinct de suma intereselor individuale. Majoritatea doctrinei a ajuns la concluzia că europarlamentarii reprezintă popoarele statelor membre și nu un popor european. Având un mandat general se presupune că ei ar trebui să reprezinte interesul general, dar, în realitate nimeni nu știe cum ar trebui acesta conceput și cum ar trebui să se garanteze respectarea dreptului minorităților. Prin decizia nr. 76/787/CEE a Consiliului privind Actul privind alegerea reprezentanților Adunării prin vot universal direct³ se stabilea că numărul parlamentarilor va fi de 410 membri, numărul locurilor pentru fiecare stat membru fiind direct proporțional cu numărul de locuitori ai fiecărui stat membru și că alegerile se vor desfășura pe o perioadă de patru zile, începând de joi dimineața până duminică. De asemenea, a fost consacrat votul unic, fiecare stat urmând a-și stabili reguli referitoare la

¹ Coord. MURARU, Ioan, TĂNĂȘESCU, Elena Simina, op. cit., p. 350-351, MURARU, Ioan, TĂNĂȘESCU, Elena Simina, op. cit., p. 90-93

² BLUMANN, Claude, DUBOUIS, Louis, **Droit institutionnel de L'Union Européenne**, 2e édition, Litec, Paris, 2005, p. 199

³ JO L 278, 8.10.1976

electorat, la eligibilitate și la modurile de scrutin - toate statele au adoptat un sistem de reprezentare proporțională cu liste naționale sau locale. Este consacrată astfel regula un om - un vot, esențială pentru a asigura egalitatea votului, potrivit căreia un alegător are un singur vot, putând vota o singură dată.¹ Primele alegeri prin vot universal direct, organizate în 1979 s-au desfășurat în condițiile în care statele membre aveau legislații electorale diferite, cu toate că sistemul ales pentru alegerile europene nu era neapărat identic cu cel aplicat în cazul alegerilor pentru parlamentele naționale.² După alegerile din 1979, Parlamentul a încercat crearea unui sistem electoral uniform, eforturile sale materializându-se în Decizia 2002/772/CE a Consiliului³ de modificarea a Deciziei din 1976. Astfel, cu ocazia alegerilor din anul 2004, toate statele membre au folosit sistemul reprezentării proporționale⁴. Cu toate acestea, au existat și deosebiri: unele state membre

¹ A se vedea pe larg TĂNĂSESCU, Simina Elena, **Principiul egalității în dreptul românesc**, Editura All Beck, București, 1999, p. 209-230. În conformitate cu această regulă fiecare alegător are dreptul la un singur vot pentru a alege o aceeași autoritate. Pe cale de consecință, este interzis unui alegător să voteze de mai multe ori sau să introducă în urnă mai mult de un buletin de vot pentru organul ales. Garanțiile acestei reguli rezultă pe de altă parte din elaborarea listelor electorale, din obligația alegătorului de a semna în listele electorale înainte de a primi buletinul de vot și ștampila cu mențiunea votat.

² Pentru alegerile europene, Franța folosea un sistem electoral cu reprezentare proporțională aplicat întregului teritoriu, asemenea unei circumscripții unice, cu un prag electoral de 5%, în locul sistemului majoritar cu două tururi de scrutin, desfășurat în circumscripții uninominale, sistem folosit pentru alegerile interne. Germania folosea un sistem unitar cu reprezentare proporțională pentru alegerile europene, nefolosind sistemul mixt bazat pe scrutin în circumscripții și pe scrutin de listă, folosit în cadrul alegerilor naționale. Belgia și Italia au instituit circumscripții speciale pentru alegerile europene, diferite de cele pentru alegerile naționale. Irlanda și Marea Britanie au procedat la fel, dar și-au păstrat sistemele electorale bazate pe votul unic transferabil în cazul Irlandei și pe sistemul majoritar în cazul Marii Britanii. Danemarca și Luxembourg au considerat întregul teritoriu o singură circumscripție electorală pentru alegerile europene, pe când la alegerile naționale au fost formate mai multe circumscripții mai mici.

³ JO L 283/01.10.2002. A se avea în vedere și Directiva 93/109/CE a Consiliului care se referă la dreptul cetățenilor Uniunii Europene de a alege și de a fi aleși pentru Parlamentul European în țara lor de reședință.

⁴ Reprezentarea proporțională descrescătoare semnifică faptul că parlamentarii provenind din statele mai populate reprezintă un număr mai mare de alegători, decât cei din statele slab populate (raportul între populația și numărul de locuri ale fiecărui stat membru trebuie să varieze în funcție de populația statului respectiv, astfel ca fiecare deputat al unui stat membru mai populat să reprezinte mai mulți cetățeni decât fiecare deputat al unui stat membru mai puțin populat și invers, dar și ca niciun stat membru mai puțin populat să nu aibă mai multe locuri decât un stat mai populat). Principiul poate fi exprimat și prin sintagma discriminare pozitivă, care profită statelor mici. Repartizarea locurilor în parlament trebuie corelată însă și cu atribuirea voturilor în Consiliu, tratatele încercând să compenseze o eventuală dezavantajare în cadrul unei instituții, printr-un avantaj în cadrul celeilalte. Pentru aplicarea conceptului de „proporționalitate descrescătoare”, raportorii noii metode de repartizare a mandatelor în Parlamentul European au propus ca distribuirea locurilor în PE să urmeze o serie de principii, printre care: principiul „solidarității la nivel european”, potrivit căruia statele membre cu o populație mai mare acceptă să dispună de un număr de locuri în PE inferior numărului direct proporțional cu ponderea populației lor la nivelul UE, în scopul unei mai bune reprezentări a statelor cu un număr redus de locuitori; principiul „flexibilității justificate”, care permite reducerea, pe cât posibil, a discrepanțelor care există, în prezent, între statele membre, în ceea ce privește reprezentarea în PE; principiul „reprezentării naționale”, care

au avut o singură circumscripție la nivel național, în timp ce altele organizează circumscripții regionale¹. În unele state există praguri electorale *de jure* sub care nu poate fi obținut niciun loc. Legislația electorală din alte state presupune liste de partid simple sau închise, a căror ordine nu poate fi modificată de către alegători, în timp ce altele folosesc sistemul votului preferențial, în cadrul căruia ordinea candidaților poate fi modificată de către alegător; în alte țări alegătorii pot vota chiar candidați individuali ai diferitelor partide. De asemenea, diferă foarte mult criteriile de eligibilitate a candidaților, procedurile de ocupare a locurilor vacante, listele naționale privind criteriile de incompatibilitate și altele cu impact asupra echilibrului politic la nivelul Parlamentului.² În vederea asigurării unui sistem electoral uniform, Parlamentul încuraja introducerea reprezentării proporționale³, întrucât un sistem electoral bazat pe majoritate simplă era inadecvat în condițiile în care principalul obiectiv în cadrul Parlamentului European era asigurarea unei reprezentări corecte a curentelor de opinie și nu formarea unei majorități parlamentare stabile, care să aibă ca obiectiv numirea unui guvern, ca în cazul parlamentelor naționale. Avantajul unui astfel de sistem este că formează un raport just⁴ între procentul voturilor obținute și al mandatelor parlamentare obținute, permițând atribuirea fiecărui partid a unui număr de mandate proporțional cu voturile obținute.

În ceea ce privește mărimea circumscripției electorale, Parlamentul susținea crearea unui sistem de circumscripții teritoriale obligatoriu pentru toate statele membre a căror populație depășește 20 de milioane de locuitori, dar Decizia Consiliului a lăsat această prevedere ca opțională⁵. Majoritatea statelor membre au optat pentru o circumscripție electorală unică la nivelul întregului teritoriu al statului. Pe de altă parte se încuraja votul preferențial, listele simple sau cele închise fiind foarte criticate, dar Decizia Consiliului din anul 2002 a acordat votului preferențial de listă caracter opțional, asigurându-se astfel posibilitatea pentru alegător de a modifica ordinea pe listele de candidați întocmite de către partide sau de a-și exprima preferința pentru unul dintre candidații individuali. De asemenea, prin aceeași decizie s-a stabilit ca o opțiune instituirea pragurilor electorale minime pentru obținerea locurilor de parlamentar, atâta vreme cât nu se trece de 5% din totalul voturilor exprimate la nivel național. Prin adoptarea sistemului reprezentării

garantează fiecărui stat membru un număr de deputați suficient pentru a permite reprezentarea, în PE, a tuturor curentelor politice importante la nivel național. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2007-0429&language=RO&ring=A6-2007-0351#top>

¹ http://www.robert-schuman.eu/question_europe.php?num=qe-120. Astfel, circumscripții regionale sunt organizate în Marea Britanie, Franța, Italia, Polonia, Belgia și Irlanda

² ISAAC, Guy, **Droit communautaire general**, 7e edition, Armand Colin, Paris, 1999, p. 58-71

³ În doctrină reprezentarea proporțională este definită ca fiind sistemul care permite exprimarea în parlament a poporului în raport cu multitudinea dimensiunilor și aptitudinilor sale, cu precădere politice. Ea permite prin definiție, reprezentarea în parlament atât a majorității cât și a minorității și corespunde cel mai bine intereselor istorico-politice ale diferitelor forțe social-politice. A se vedea pe larg MURARU, Ioan, **Scurtă pledoarie pentru reprezentarea proporțională**, Studii constituționale, Editura Actami, București, 1995, p. 141; GILLIA, Claudia, **Sisteme și proceduri electorale**, Editura C.H.Beck, București, 2007, p. 73-94

⁴ ANDREESCU Marius, **Principiul proporționalității în dreptul constituțional**, Editura C.H. Beck, București, 2007, p. 278

⁵ “În conformitate cu situația proprie fiecărei țări, fiecare stat membru poate institui circumscripții pentru alegerea Parlamentului European sau poate împărți suprafața electorală în diferite moduri, fără a afecta natura esențial proporțională a sistemului electoral”.

proporționale și prin introducerea pragului electoral la nivel european se realizează deformarea egalității ponderii votului fiecărui alegător, neputându-se realiza o proporționalitate perfectă între voturile exprimate și mandatele repartizate.

2.2 Dreptul de vot

Dreptul de vot a reprezentat o practică diferită până în 1994, în anumite țări fiind folosit principiul cetățeniei, în mod necondiționat, astfel încât toți cetățenii țării respective să poată participa la alegerile europene, indiferent dacă aveau reședința în altă parte a globului sau, în cazul câtorva state pe teritoriul Uniunii.¹ O importantă reformă a avut loc în anul 1993, ca urmare a Tratatului de la Maastricht fiind adoptată Directiva Consiliului 93/109/CE de stabilire a modalităților de exercitare a dreptului de a alege și de a fi ales în Parlamentul European pentru cetățenii Uniunii rezidenți într-un stat membru în care nu sunt resortisanți², când, pe lângă dreptul de a candida, orice cetățean al Uniunii Europene are dreptul de vot în țara sa de reședință.³ Curtea de Justiție a optat în cauza Gibraltar pentru un sens mai larg al noțiunii de cetățenie europeană, precizând că drepturile conferite de cetățenie pot fi elemente constitutive ale statutului unui național al statelor membre, dar drepturile înseși nu sunt în mod necesar limitate doar la calitatea de cetățean. Adevărata inovație este că, prin jurisprudența sa Curtea a extins protecția oferită de principiile generale ale dreptului european asupra unui grup de cetățeni ai uniunii pe criterii personale, cu toate că ei nu sunt în relație cu UE ca piața unică și nici măcar nu sunt rezidenți într-un alt stat membru.⁴ Astfel, pentru alegerea membrilor din fiecare stat membru în Parlament alegătorii naționali și europeni au dreptul la un singur vot, asigurându-se egalitatea votului în cadrul alegerilor europene organizat în fiecare stat membru. Dar principiul egalității votului privește alegerile pentru Parlamentul European în ansamblul lor și presupune obligația pentru fiecare cetățean european, indiferent de statutul membru al Uniunii Europene unde își are domiciliul sau reședința de a participa o singură dată la procesul electoral european pentru desemnarea aceleiași instituții. În ceea ce privește vârsta minimă pentru a putea vota aceasta este, în toate statele membre de 18 ani, iar votul este obligatoriu în patru state: Grecia, Belgia, Cipru și Luxemburg. În legătură cu dreptul de vot o problemă s-a pus în legătură cu dreptul locuitorilor din Gibraltar de a vota pentru Parlamentul European, ei neavând acest drept în perioada 1979-1999. În anul 2004 în urma hotărârii Matthews⁵ a Curții Europene a Drepturilor Omului⁶, acestora li s-a

¹ În unele țări (Irlanda) alegătorii își pierdeau dreptul de vot dacă erau stabiliți în afara granițelor țării, dar li se acorda foarte ușor dreptul de vot pentru alegerile europene rezidenților străini. Drepturi similare erau acordate în Olanda și Belgia, cu condiția ca țara natală a rezidentului străin să nu îi fi acordat dreptul de vot. Articolul 38 din Constituția României consacră principiul cetățeniei pentru alegerea în Parlamentul European: În condițiile aderării României la Uniunea Europeană, cetățenii români au dreptul de a alege și de a fi aleși în Parlamentul European

² JO C 329, 06.12.1993

³ Cu toate acestea, condițiile de exercitare a acestui drept nu au fost identice în toate statele: în Danemarca, Irlanda și Olanda cetățenii UE având statutul de rezidenți erau incluși automat pe listele de alegători, pe când în alte state alegătorul trebuia să se înscrie personal în listele de alegător. În ciuda introducerii acestei posibilități, unii cetățeni ai UE au fost mult mai interesați de alegerile din țara lor de origine, preferând astfel să voteze în funcție de cetățenie.

⁴ CJCE, 12 septembrie 2006, cauza Aruba, C 300/04

⁵ CEDH, 18 februarie 1999, Matthews c. Marea Britanie, cauza nr. 24833/94

⁶ Inițial afirmarea drepturilor fundamentale s-a realizat pe cale pretoriană în jurisprudența CJCE în 3 etape: consacrarea drepturilor fundamentale ca principii generale de drept (jurisprudența

acordat drept de vot, nu ca o circumscripție separată, ci în cadrul circumscripției de sud-vest a Marii Britanii. După intrarea în vigoare a Tratatului de la Maastricht prin care Parlamentul European a dobândit noi competențe în materia adoptării normelor de drept comunitar, într-o plângere adresată fostei Comisii, doamna Matthews invoca faptul că neorganizarea de alegeri pentru Parlamentul European de către Marea Britanie în Gibraltar, teritoriu aflat sub administrația acestui stat reprezintă o încălcare a dreptului ei la vot, recunoscut de art.3 din Protocolul nr.1. Doamna Matthews afirmă că neorganizarea de alegeri pentru Parlamentul European în Gibraltar violează dreptul său de a participa prin alegeri, la alegerea corpului legislativ¹. În analiza acestei cauze, Curtea a arătat, că textul convenției trebuie interpretat în lumina noilor condiții ale vieții sociale, iar în măsura în care statele contractante organizează structuri constituționale comune, prin tratate internaționale, noțiunea de corpuri legislative să poată fi aplicată nu numai parlamentelor naționale: a admite că domeniul de activitate al Parlamentului European nu intră sub incidența acestui text ar risca să conducă la declararea ca inoperantă a uneia dintre instituțiile fundamentale ale unui regim politic veritabil democratic.² Instanța europeană a arătat că Parlamentul European reprezintă principalul instrument de control democratic și de responsabilitate politică în sistemul instituțional comunitar; legitim datorită alegerii sale prin vot universal direct, Parlamentul European are a fi considerat, indiferent de limitele sale, ca parte integrantă a structurii Comunității Europene, ce reflectă cel mai bine preocuparea de a se asigura, în cadrul acesteia, un regim politic cu adevărat democratic.³ Astfel, Curtea a concluzionat că Parlamentul European este asociat, în mod suficient la procesul legislativ ce conduce la adoptarea de acte normative comunitare și la controlul democratic general al activităților Comunității Europene, pentru a putea fi considerat că face parte din noțiunea de corp legislativ al Gibraltarului, în sensul art.3 din Protocolul nr.1.⁴

Stauder, CJCE, 12 noiembrie 1969, Erich Stauder/orașul d'Ulm-Sozialamant, C 29/69), stabilirea tradițiilor constituționale ale statelor membre ca sursă a lor (jurisprudența Internationale Handelsgesellschaft, CJCE, 17 decembrie 1970, C11/70) și adăugarea ulterior a instrumentelor internaționale ca surse de inspirație pentru CJCE (jurisprudența Nold, CJCE, 14 mai 1974, cauza Nold, C-4/73) ulterior acestea fiind prevăzute de tratate. Prin Tratatul de la Lisabona s-a dorit aderarea Uniunii Europene la Convenția Europeană pentru apărarea Drepturilor Omului și a libertăților fundamentale, cu precizarea că aceasta nu va modifica repartitia competențelor între Uniune și statele membre. Astfel, se afirmă că drepturile fundamentale, atât cele garantate de Convenția Europeană, cât și cele care rezultă din tradițiile constituționale comune ale statelor membre fac parte din dreptul Uniunii ca principii generale. Se dorea precizarea că Uniunea recunoaște în plus față de Cartă, drepturi fundamentale care rezultă din Convenția Europeană și tradițiile constituționale ale statelor membre, ambele în calitate de principii generale de drept. Aderarea la CEDO prezintă avantajul exercitării unui control de conformitate cu drepturile fundamentale asupra actelor Uniunii de către o instanță specializată în acest domeniu, aliniind în același timp ordinea juridică a statelor membre și a Uniunii din perspectiva nivelului minim de protecție al drepturilor omului, care este dat tocmai de această Convenție. Curtea de la Strasbourg poate exercita de altfel un control indirect asupra actelor Uniunii prin examinarea măsurilor de aplicare adoptate de state, în virtutea calității lor de state membre ale Consiliului Europei.

¹ CEDH, 18 februarie 1999, precit.

² Idem, pct. 39-43

³ Idem, pct. 52

⁴ Idem, pct. 54.

În urma acestei hotărâri CEDO, Marea Britanie a adoptat Actul privind reprezentarea în Parlamentul European din 2003. În acest context, Spania a introdus o acțiune la CJCE împotriva Marii Britanii susținând că dreptul de a vota la alegerile europene nu poate fi acordat acelor care nu sunt cetățeni ai Marii Britanii și deci ai Uniunii Europene,¹ CJCE reținând că în actualul stadiu al dreptului comunitar, în lipsa în tratatele comunitare a unor dispoziții clare și precise referitoare la beneficiarii dreptului de vot, revine fiecărui stat membru de a determina potrivit propriei legislații titularii dreptului de vot și condițiile de eligibilitate pentru Parlamentul European, o concluzie ce trebuie corelată cu tradițiile constituționale din Marea Britanie conform cărora exercitarea dreptului de vot în toate alegerile din Marea Britanie se realizează de toți cetățenii din Commonwealth.²

2.3 Repartizarea mandatelor raportat la populația statelor

Stabilirea numărului membrilor Parlamentului European și repartizarea locurilor între statele membre au pus probleme a căror rezolvare a fost deosebit de dificilă: pe de o parte, alegerea prin vot universal direct presupune mărirea numărului locurilor în parlament, dar aceasta nu trebuie să aducă atingere bunei funcționări a instituției; pe de altă parte, dacă în cadrul sufragiului universal direct atribuirea locurilor pentru fiecare stat se face în funcție de populația sa, nu se poate vorbi decât de o proporționalitate relativă; în al treilea rând, prin această repartitie nu trebuie să se realizeze o reducere a locurilor acordate statelor cu o populație mai mică. În vederea asigurării principiului egalității votului, în sensul acordării ponderii egale a voturilor cetățenilor este necesară constituirea unor circumscripții electorale care să aibă în considerare totalitatea populației și nu doar alegătorii, acordându-se astfel pondere egală fiecărui vot. De asemenea, tot pentru a asigura egalitatea votului, circumscripțiile electorale pentru alegerea aceluiași organ (în cazul de față Parlamentul European) trebuie să fie egale ca număr de locuitori³. Reprezentativitatea Parlamentului

¹ CJCE, 12 septembrie 2006, cauza Spania c. Marea Britanie, C 145/2004. Curtea a arătat că: în stadiul actual al dreptului comunitar determinarea titularilor dreptului de a alege și de a fi ales în Parlamentul European aparține competenței fiecărui stat membru și că articolele 189 TCE, 190 TCE, 17 CE și 19 CE nu se opune posibilității statelor de a acorda dreptul de a alege și de a fi ales unor persoane determinate ce au legături strânse cu statele respective, altele decât proprii lor resortisanți sau cetățeni ai Uniunii cu rezidența pe teritoriul lor. Pentru rațiuni legate de tradiția sa constituțională, Marea Britanie a ales de acorda dreptul de a alege și de a fi ales cetățenilor din Commonwealth care îndeplineau condițiile ce exprimă o legătură specifică cu teritoriul unde erau organizate alegerile. În absența în tratatele comunitare a unor dispoziții care să indice, într-o manieră explicită și precisă, care sunt beneficiarii dreptului de a alege și de a fi ales în Parlamentul European, nu este contrar dreptului comunitar că Marea Britanie a decis să stabilească pentru alegerile din Gibraltar pentru Parlamentul European aceleași condiții prevăzute de legislația sa națională atât pentru alegerile naționale din Marea Britanie, cât și pentru alegerea Camerei legislative din Gibraltar.

² A se vedea pe larg SHAW Jo, The Political Representation of Europe's Citizens: Developments. Court of Justice of the European Communities, *European Constitutional Law Review* nr. 4/2008, p. 162-186

³ A se vedea pe larg modalitatea de reprezentare a unui mandat de europarlamentar raportat la populația circumscripției electorale la European Parliament Constituency http://en.wikipedia.org/wiki/European_Parliament_constituency. De asemenea, pentru detalii comparative ale sistemelor naționale a se vedea http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_1.3.4.pdf; FĂRCAȘ, Alexandru, **Reglementarea alegerilor pentru Parlamentul**

European a fost criticată întrucât numărul eurodeputaților pentru fiecare stat membru nu este proporțională cu populația statului. Numărul locurilor în Parlamentul European a variat prin modificarea tratatelor originare, ca urmare a extinderii Uniunii Europene la 27 de state în prezent. Numărul membrilor s-a modificat considerabil față de perioada de dinaintea alegerilor prin vot direct, când avea doar 198 de membri, ajungând la 410 membri după primele alegeri în 1979, la 626 pentru mandatul 1999-2004 și la 732 ca urmare a aderării celor 10 state în 2004. Parlamentul însuși a stabilit o limită de 700 de membri, acceptată de către statele membre și inclusă în Tratatul de la Amsterdam, care ulterior a fost revizuită la 732 în cadrul Tratatului de la Nisa. Odată cu aderarea României și Bulgariei în anul 2007, numărul membrilor Parlamentului European a ajuns temporar la 785 în a doua jumătate a mandatului, numărul membrilor din statele deja membre rămânând același până la alegerile din anul 2009. Numărul membrilor pentru fiecare stat membru va fi din nou modificat după alegerile din 2009 și numărul total de europarlamentari va scădea la 750, plus președintele.

Parlamentul European este ales prin vot universal direct, liber și secret pentru un mandat de 5 ani, iar numărul locurilor pentru fiecare stat membru este stabilit de către tratatele comunitare în raport cu populația, dar, ca și în cazul Consiliului repartitia nu e direct proporțională, astfel încât statele mici sunt suprareprezentate.¹ După extinderea UE din anul 2004 au apărut discrepanțe între statele mai mici, de exemplu Slovenia are doar cu un membru mai mult de deputați decât Luxemburg, dar un parlamentar sloven reprezintă un număr de locuitori de aproximativ patru ori mai mare decât un reprezentant al Maltei sau al Luxemburgului. Astfel, prin existența unor norme de reprezentare diferite, la nivelul statelor membre se încalcă principiul egalității votului, întrucât importanța votului fiecărui cetățean al unui stat membru nu este aceeași cu cea a cetățenilor din celelalte state membre. Majoritatea statelor au decis constituirea unei circumscripții electorale unice la nivelul întregii țări, norma de reprezentare fiind diferită de la un stat la altul și rezultând din împărțirea numărului populației la numărul de mandate repartizate pentru fiecare stat în parte². Prin repartitia mandatelor s-a realizat un compromis între principiul egalității cetățenilor și necesitatea de a se asigura o reprezentare semnificativă a fiecărui stat în parte. Se pare astfel că proporționalitatea între populația fiecărui stat membru și numărul de locuri repartizate s-a realizat după ce a fost acordat un anumit procent din totalul acestora fiecărui stat, confirmând astfel ipoteza avansată în doctrină, potrivit căreia repartizarea locurilor a servit ca mijloc de schimb pentru a compensa echilibrul la nivelul Consiliului³. În contextul stabilirii circumscripțiilor s-a vorbit de necesitatea existenței unei circumscripții la nivelul întregii Europe, pentru a acorda alegerilor europene o dimensiune

European, *Revista română de drept comunitar* nr. 1/2006, p. 47-54

¹ CRAIG, Paul, Grainne DE BURCA, op. cit., p. 59; HAMON Francis, TROPER Michel, **Droit constitutionnel**, 30^e edition, LGDJ, Paris, 2007, p. 325; CORBETT, Richard, JACOBS Francis, SHACKLETON, Francis, **Parlamentul European**, ediția a șasea, Editura Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 2007, p. 15-16; BOULOIS, Jean, **Droit institutionnel de l'Union Europeenne**, 5e edition, Montchrestien, Paris, 1995, p. 76. Astfel, Germania are 99 de deputați, Luxemburg 6, Franța, Italia și Marea Britanie au fiecare câte 78 de deputați, iar Malta 5.

² Astfel, statele mari au un reprezentant la aproximativ 800 000 de locuitori, statele mijlocii (adică acelea care au o populație de aproximativ 10 milioane de locuitori) un reprezentant la 500 000 de locuitori, statele mici (Malta și Luxembourg) un reprezentant la 100 000 de locuitori.

³ FUEREA, Augustin, op. cit., p. 65-66

europăană și nu doar una națională și pentru a asigura, pe cât posibil egalitatea votului între cetățenii europeni, Parlamentul European propunând chiar organizarea unei circumscripții la nivelul întregii Europe pentru 10% din totalul numărului de locuri ca fiind o posibilitate la alegerile pentru Parlamentul European din 2009, propunere neacceptată însă de către Consiliu. În România alegerile pentru Parlamentul European se desfășoară în conformitate cu dispozițiile art. 38 din Constituția României și cu Legea nr. 33/2007 pentru organizarea și desfășurarea alegerilor pentru Parlamentul European¹, în conformitate cu care se constituie o singură circumscripție electorală la nivelul întregii țări, fiind instituit principiul reprezentării proporționale, scrutinul de listă sau candidaturile independente, cu respectarea pragului electoral de 5%, repartizarea mandatelor fiind realizată prin metoda d'Hondt.²

2.4 Rezultatele alegerilor

Până în prezent au fost organizate șase tururi de scrutin pentru alegeri europene, desprinzându-se câteva observații generale³. Alegerile europene pot fi considerate un alt fel de alegeri naționale, întrucât, în locul unor campanii la nivelul întregii Europe, ele au reprezentat o modalitate de a testa popularitatea sau nepopularitatea guvernelor sau a opoziției; în unele state, cele două tipuri de alegeri s-au desfășurat în același timp, făcând și mai dificilă separarea celor două chestiuni, precum și acordarea unei identități alegerilor europene. De asemenea, s-a constatat că prezența la vot în cadrul acestor alegeri a fost scăzută, fiind considerate de importanță secundară în raport cu alegerile naționale, întrucât numirea Comisiei, ce reprezintă executivul Uniunii nu depinde de majoritatea parlamentară (fiind numite alegeri de ordin secundar⁴). Scrutinul pentru Parlamentul European este un scrutin marcat de absența competiției reale, alegerile în general reprezentând desemnarea reprezentanților, dar și o judecată de valoare asupra unui guvernământ la final de mandat și raportul față de un guvernământ viitor, or la nivel european nu se realizează o asemenea judecată de valoare. Pe de altă parte, alegerile europene condensează și amplifică fenomenele cele mai simptomatice prin raportare la votul cetățenilor în cadrul democrației occidentale contemporane: abstenționism, lipsa legăturilor partizane, opțiuni volatile, pierderea încrederii în personalități ca și față de instituțiile politice, slabă percepție a jocului electoral, utilizarea votului în scopuri protestatare.⁵

La momentul actual, majoritatea instituțiilor UE au un statut politic “cvasi-sacralizat” (Consiliul, CJCE, Consiliul European, Parlamentul European chiar Comisia), în sensul că nu răspund direct în fața parlamentelor naționale, nici a cetățenilor europeni (cu excepția

¹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 28 din 16 ianuarie 2007

² GILLIA, Claudia, op. cit., p. 203-216

³ SHEPHARD Mark, **The European Parliament: Laying the foundations for awareness and support**, *Parliamentary Affairs*; Jul 1997; 50, 3; Academic Research Library, p. 438-452; BLUMANN, Claude, DUBOIS, Louis, op. cit., p. 204

⁴ FLICKINGER, R.S, STUDLAR, D, BENNETT, St.E, **Turnout in European Parliament Election: Towards an European/Centred Model**, *National Europe Centre Paper*, 2003, nr. 165, p. 5

⁵ DELWIT Pascal, POIRIER, Philippe, **Parlement puissant, électeurs absents? Les elections europeenes de juin 2004**, în *Parlement puissant, électeurs absents ? Les elections europeennes de juin 2004*, edite par DELWIT Pascal, POIRIER, Philippe, *Editions de L'Universite de Bruxelles*, 2005, p. 13

moțiunii de cenzură prin care Parlamentul European poate provoca demisia în bloc a Comisiei Europene), de unde rezultă și una din sursele majore ale “crizei structurale” a Uniunii.

BIBLIOGRAFIE

I. Tratate, cursuri, monografii

1. ANDREESCU Marius, **Principiul proporționalității în dreptul constituțional**, Editura C.H.Beck, București, 2007
2. BERCEA, Raluca, **Drept comunitar. Principii**, Editura C.H.Beck, București, 2007
3. BLUMANN, Claude, DUBOUIS, Louis, **Droit institutionnel de L'Union Europeenne**, 2e edition, Litec, Paris, 2005
4. BOULOIS, Jean, **Droit institutionnel de l'Union Europeenne**, 5e edition, Montchrestien, Paris, 1995
5. CĂLINOIU, Constanța, DUCULESCU, Victor, **Drept constituțional european**, Editura Lumina Lex, București, 2008
6. CORBETT, Richard, JACOBS Francis, SHACKLETON, Francis, **Parlamentul European**, ediția a șasea, Editura Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 2007
7. CRAIG, Paul, Grainne DE BURCA - **EU LAW test, cases and materials**, fourth edition, Oxford University Press, 2007
8. DELEANU, Ion, **Instituții și proceduri constituționale – în dreptul român și în dreptul comparat**, Editura C.H.Beck, București, 2006
9. DELWIT Pascal, POIRIER, Philippe, **Parlement puissant, électeurs absents ? Les elections europeennes de juin 2004**, Editions de L'Universite de Bruxelles, 2005
10. DOLLAT, Patrick, **Droit europeen et droit de l'Union europeenne**, Ed. Dalloz, 2005
11. FILIPESCU, Ion P., FUEREA Augustin, **Drept instituțional comunitar european**, ediția a V-a, Editura Actami, București, 2000
12. FUEREA, Augustin, **Manualul Uniunii Europene**, ediția a III-a, Editura Universul Juridic, București, 2006
13. GILLIA, Claudia, **Sisteme și proceduri electorale**, Editura C.H.Beck, București, 2007
14. GOLDSTEIN FRIEDMAN, Leslie, **Constituting Federal Sovereignty: The European Union in Comparative Context**, The Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 2001
15. GORNIG, Gilbert, RUSU, Ioana Eleonora, **Dreptul Uniunii Europene**, Editura C.H. Beck, București, 2007
16. GROZA Ana Maria, **Uniunea Europeană, Drept instituțional**, Editura C.H.Beck, București, 2008
17. HAMON Francis, TROPER Michel, **Droit constitutionnel**, 30^e edition, LGDJ, Paris, 2007
18. ISAAC, Guy, **Droit communautaire general**, 7e edition, Armand Colin, Paris, 1999

19. MURARU Ioan, CONSTANTINESCU Mihai, **Scurtă pledoarie pentru reprezentarea proporțională, Studii constituționale**, Editura *Actami*, București, 1995
20. MURARU, Ioan, TĂNĂSESCU, Elena Simina, MURARU, Andrei, BENKE, Karol, EREMIA, Mihail, IANCU, Gheorghe, POPESCU, Corneliu Liviu, DEACONU, Ștefan, **Alegerile și corpul electoral**, Editura *All Beck*, București, 2005
21. MURARU, Ioan, TĂNĂSESCU, Elena Simina, **Drept constituțional și instituții politice**, ediția a 13-a, vol.2, *Editura C.H.Beck*, București, 2008
22. Coord. MURARU, Ioan, TĂNĂSESCU, Elena Simina, **Constituția României-comentariu pe articole**, Editura *C.H.Beck*, București, 2008
23. PERTEK Jacques, **Droit des institutions de l'Union Européenne**, *Presses Universitaires de France*, 2004
24. SCHWARZE, Jorgen, **The birth of a European Constitutional Order. The interaction of National and European Constitutional Law**, *Nomos Verlaasgesellschaft*, Baden-Baden, 2001
25. TĂNĂSESCU, Elena, Simina, **Principiul egalității în dreptul românesc**, Editura *All Beck*, București, 1999
26. VARGA, Attila, **Constituționalitatea procesului legislativ**, Editura *Hamangiu*, București, 2007

II. Site-uri Internet

- <http://www.ombudsman.europa.eu/start.faces> (accesat ultima dată la 24.03.2009)
http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/curia (accesat ultima dată la 24.03.2009)
<http://eur-lex.europa.eu/ro/index.htm> (accesat ultima dată la 24.03.2009)
<http://www.europarl.europa.eu/> (accesat ultima dată la 24.03.2009)
<http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp> (accesat ultima dată la 24.03.2009)
<http://www.parliament.gr/english/politeuma/syntagma.pdf> (accesat ultima dată la 24.03.2009)
<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/HUTCHINSON.html> (accesat ultima dată la 24.05.2008)
http://www.ccr.ro/CCRDFiles/Dosar%20224_1997.doc (accesat ultima dată la 24.05.2008)
<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.htm> (accesat ultima dată la 24.05.2008)
<http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000.html> (accesat ultima dată la 25.05.2008)
<http://www.psr.keele.ac.uk/docs/german.htm> (accesat ultima dată la 25.05.2008)
<http://dexonline.ro/> (accesat ultima dată la 25.05.2008)
<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/usconst.htm> (accesat ultima dată la 06.06.2008)
<http://www.findlaw.com/01topics/06constitutional/03forconst/> (accesat ultima dată la 06.06.2008)
<http://www.lib.umich.edu/govdocs/forcons.html> (accesat ultima dată la 06.06.2008)
<http://idd.euro.ubbcluj.ro/interactiv/cursuri/Naumescu/Cap5.htm> (accesat ultima dată la 06.06.2008)
<http://www.sferapoliticii.ro/sfera/123-124/art11-nazare.html> consultat ultima dată la 20 ianuarie 2008

ARBITRAJUL AD-HOC ȘI ARBITRAJUL INSTITUȚIONAL ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNĂ ACTUALĂ

Conf. univ. dr. CARMEN PĂLĂCEAN,
Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept

Abstract: COMMERCIAL ARBITRATION is an alternative way of solving the patrimonial disputes (which can be estimated in money) stemming from acts and deeds of trade. The disputes are assigned to be solved, according to the agreement between the parties, to arbitrators chosen by the parties, whose task is to judge the dispute and give a ruling, which the parties undertake to execute. Inserting the arbitration provision in a commercial contract entitles the interested party, in case of dispute, to request its solving by means of arbitration, there fore excluding the competence of law courts.

Arbitrajul comercial este un sistem jurisdicțional derogator de la dreptul comun, prin care arbitrii aleși de către părți soluționează litigiul și pronunță o hotărâre pe care părțile se obligă să o execute. Inserarea într-un contract comercial a clauzei arbitrale, îndreptățește partea interesată, în cazul apariției unui litigiu, să ceară soluționarea acestuia pe calea arbitrajului, fiind exclusă, astfel, competența instanțelor judecătorești. Arbitrajul este o formă de justiție privată adaptată în mod special litigiilor dintre comercianți și folosită cu predilecție în mediul oamenilor de afaceri. Putem enumera limitativ două argumente privind preferința pentru o astfel de justiție, în comparație cu justiția statală: conservatorismul justiției statale și un pronunțat grad de imobilism.

Importanța și eficacitatea arbitrajului în relațiile comerciale internaționale au fost recunoscute prin Actul final al Conferinței pentru Securitate și Cooperare în Europa semnat la Helsinki la 1 august 1975 care reține că “Arbitrajul este un mijloc corespunzător de a reglementa...rapid și echitabil litigiile care pot să rezulte din tranzacțiile comerciale în domeniul schimburilor de bunuri și de servicii și din contractele de cooperare industrială”, recomandându-se “...organismelor, întreprinderilor și firmelor din țările lor să includă, dacă este cazul, clauze de arbitraj în contractele comerciale și în contractele de cooperare industrială sau în convențiile speciale”. Adunarea Generală a Organizației Naționale Unite recomandă la rândul său, în preambulul de la Rezoluția nr. 31/98 din 15 decembrie 1976, prin care a adoptat Regulamentul de arbitraj elaborat de către Comisia Națiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internațional, difuzarea și aplicarea sa cât mai largă în lume, recunoscând astfel utilitatea arbitrajului ca metodă de soluționare a litigiilor născute din relațiile comerciale internaționale. La rândul lor, comisiile economice regionale ale Organizației Națiunilor Unite au elaborat regulamente facultative ale arbitrajului ad-hoc.¹

Instituția arbitrajului este consacrată în sistemul nostru de drept în Codul de Procedură Civilă, Cartea a IV-a intitulată “Despre arbitraj” (art. 340 - 370 din C. Pr. Civ.) astfel cum

¹ A se vedea în acest sens: Octavian Căpățână, *Litigiul arbitral de comerț exterior*, Ed. Academiei Române, București, 1987, p. 5 și urm. T. R. Popescu, *Dreptul comerțului internațional*, ed. A 2-a, E.D.P., București, 1983, p. 352 și urm.

a fost modificată prin Legea nr. 59/1993¹. Această nouă reglementare a suferit influențele Legii-model UNCITRAL² asupra arbitrajului comercial internațional.

Conform art. 340: *“Persoanele care au capacitatea deplină de exercițiu al drepturilor pot conveni să soluționeze pe calea arbitrajului litigiile patrimoniale dintre ele, în afară de acelea care privesc drepturi asupra cărora legea nu permite a se face tranzacție”*.

Această convenție stă la baza organizării și desfășurării arbitrajului (art. 341 alin. 1).

Arbitrajul comercial internațional prezintă mai multe forme jurisdicționale: arbitrajul ad-hoc sau ocazional, arbitrajul instituțional sau instituționalizat, arbitrajul în drept (sau *de iure*) și arbitrajul în echitate (sau *ex aequo et bono*).

Arbitrajul ad-hoc este considerat ca modalitatea originară, tradițională a arbitrajului, fiind organizat la inițiativa părților, în vederea soluționării unui anumit litigiu. Existența sa ia sfârșit odată cu pronunțarea hotărârii arbitrale ori cu expirarea termenului în care trebuia pronunțată hotărârea arbitrală.

Datorită modului său de organizare, arbitrajul ad-hoc nu dispune de elemente de structură prealabile. Conform dispozițiilor art. I. pct.2 lit. b din Convenția Europeană de Arbitraj Comercial Internațional perfectată la Geneva pe data de 21 aprilie 1961 prin arbitraj se înțelege *„Reglementarea litigiilor nu numai de către arbitrii numiți pentru cazuri determinate (arbitraj ad-hoc), ci și de către instituții permanente de arbitraj”* (the term "arbitration" shall mean not only settlement by arbitrators appointed for each case (ad hoc arbitration) but also by permanent arbitral institutions).

Codul de procedură civilă, în Cartea a IV-a nu definește nici arbitrajul ad-hoc, nici pe cel instituțional, dar în redactarea anterioară de la 1865, codul nostru reglementa exclusiv arbitrajul ad-hoc. Astfel, arbitrajului ad-hoc i-a fost consacrată întreaga Carte a IV-a, intitulată *“Despre arbitri”*, reglementare care nu a suferit schimbări majore prin modificarea Codului de procedură civilă din 1900.

Dispozițiile Codului de procedură civilă se completează cu normele Legii camerelor de comerț din România, Legea nr. 335/2007, publicată în Monitorul Oficial nr. 836 din 6 decembrie 2007 și care a abrogat Decretul – Lege nr. 139/1990 privind camerele de comerț și industrie din România. Astfel, art. 4 lit. i) din Legea nr. 335/2007 prevede atribuția expresă a camerelor de comerț județene de a organiza activitatea de soluționare a litigiilor comerciale și civile prin mediere și arbitraj ad-hoc și instituționalizat.

Și legislația anterioară anului 1990 cuprindea dispoziții cu privire la arbitraj. Articolul 38 din Decretul nr. 424 din 2 noiembrie 1972 (abrogat prin dispozițiile art. 294 din Legea nr. 31/90) stabilea faptul că *“Litigiile născute din raporturile contractuale dintre societățile mixte și persoanele juridice române pot fi soluționate, dacă părțile convin, și prin arbitraj”*. Iar dispozițiile alin. 2 din același articol stipulează posibilitatea părților de a alege în ceea ce privește soluționarea litigiilor, în afară de competența instanțelor judecătorești și competența Comisiei de Arbitraj de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României.

Ulterior, Legea nr. 15 din 8 august 1990, privind reorganizarea unităților economice de stat ca regii autonome și societăți comerciale prevedea în art. 51 alin. 2 posibilitatea

¹ Legea nr. 59/1993 pentru modificarea Codului de procedură civilă, a Codului familiei, a Legii contenciosului administrativ nr. 29/1990 și a Legii nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi, publicată în M.Of., Partea I, nr. 177 din 26 iulie 1993.

² Legea – model UNCITRAL din 21 iunie 1985 a fost adoptată de către Adunarea Generală a O.N.U. în temeiul Rezoluției din 11 decembrie 1985, care o recomandă statelor membre ale O.N.U.

regiilor autonome și a societăților comerciale de a apela la arbitraj pentru soluționarea litigiilor dintre ele, legea nefăcînd distincție între arbitrajul ad-hoc și cel instituțional.

Pe baza elementelor conținute de textul citat din Convenția internațională de la Geneva, arbitrajul ad-hoc (sau ocazional) poate fi definit ca „*O formă de jurisdicție nestatală, cu caracter particular, facultativ și voluntar, susceptibilă de utilizare în raporturile de comerț internațional, constituită prin voința părților litigante în vederea soluționării unui litigiu determinat*”.¹

Arbitrajul ad-hoc sau ocazional constituie dreptul comun în materie de arbitraj comercial internațional.

Prezintă următoarele trăsături distinctive:

- Funcționează numai în vederea soluționării unui litigiu determinant; odată cu pronunțarea sentinței, existența acestei instanțe de arbitraj încetează;

- Atât structura cât și regulile de procedură ale arbitrajului ad-hoc vor fi diferite, în funcție de interesele părților din fiecare litigiu;

- Prin convenția lor, părțile pot încredința soluționarea diferendului unui arbitru unic sau unui complet colegial; în cazul unui dezacord între părți, se va recurge la decizia unui terț sau a unei autorități;

- Părțile pot conveni ca sentința arbitrală să fie supusă căilor de atac ori să fie definitivă și obligatorie;

- În cazul în care arbitrajul ad-hoc localizat în țara noastră este guvernat de prevederile unei convenții internaționale (cum este Convenția de la Geneva din anul 1961) este posibilă participarea în calitate de arbitru și a unei persoane având cetățenie străină;

- Un arbitraj ad-hoc localizat în România poate fi supus, în temeiul voinței părților, unei legi străine atunci când o convenție internațională le autorizează să exercite o atare opțiune; este necesar să fie însă îndeplinită condiția ca legea străină preferată de părți să nu contrazică normele imperative și de ordine publică din dreptul nostru;²

- Are caracter facultativ, esențialmente voluntar.

Dispozițiile de drept procesual român caracterizează arbitrajul ad-hoc ca o instituție facultativă, supusă totodată unei dependențe accentuate față de instanțele judecătorești.

Astfel, acestor instanțe le revin următoarele atribuții:

- De a desemna un supraarbitru când se ivesc neînțelegeri între arbitri sau atunci când arbitrii desemnați nu sunt împuterniciți prin compromis sau prin clauză compromisorie să-l aleagă;

- De soluționa orice cerere de recuzare privitoare la vreun arbitru;

- De a controla legalitatea și temeinicia sentinței arbitrale pe calea acțiunii în anulare;

- De a investi cu formula executorie sentințele arbitrale.

Regulile UNCITRAL din 1976 asigură un cadru viabil de organizare și funcționare a arbitrajului ocazional (ad-hoc). Adunarea Generală a Națiunilor Unite, a recomandat aplicarea acestor reguli în special în disputele comerciale apărute în contractele comerciale.

Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României a fost reorganizată ca instituție permanentă de arbitraj - fără personalitate

¹ A se vedea în acest sens: Mircea N. Costin, Sergiu Deleanu, *Dreptul comerțului internațional*, vol. I, Partea generală, Editura Lumina Lex, București, 1994, p. 152.

² Mircea N. Costin, Sergiu Deleanu, op. cit., p. 152.

juridică - pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, în vederea administrării arbitrajului internațional și intern (art. 29 din Legea nr. 335/2007). Camera poate organiza arbitrajul ad-hoc numai dacă între părți există o convenție arbitrală scrisă. Dacă în convenția arbitrală nu este stipulată o prevedere referitoare la organizarea arbitrajului de către Cameră, aceasta îl poate organiza la cererea comună a părților sau a uneia dintre ele, în cazul în care cealaltă parte acceptă cererea.

Conform art. 4 din *Regulamentul privind organizarea și funcționarea Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României*, o parte din atribuțiile Curții de Arbitraj sunt:

- Asistarea părților, la cererea lor, în vederea organizării arbitrajului ad-hoc;
- Elaborarea modelelor de convenții arbitrale, asigurarea difuzării lor în cercurile economice și prezentarea în aceste cercuri a avantajelor arbitrajului comercial și civil;
- Păstrarea evidenței practicii arbitrale, întocmirea culegerilor de practică, etc.

Capitolul IX intitulat *Dispoziții speciale privind arbitrajul ad-hoc* din *Regulile de procedură arbitrală* conține anumite dispoziții privitoare la arbitrajul ad-hoc.

Astfel, conform art. 88 (2) asistența Curții de Arbitraj în arbitrajul ad-hoc constă în următoarele activități sau numai în unele dintre ele, potrivit înțelegerii cu părțile:

- Numirea, în conformitate cu convenția arbitrală și cu *Regulile de procedură arbitrală*, a arbitrilor și a supraarbitrului;
- Îndeplinirea și verificarea îndeplinirii formalităților constituirii tribunalului arbitral;
- Punerea la dispoziția părților a *Regulilor de procedură arbitrală* și a unei liste cu arbitrii, ambele având caracter facultativ pentru părți;
- Furnizarea, la cererea arbitrilor, de date, informații sau documentații referitoare la soluțiile doctrinare și jurisprudențiale într-o anumită problemă;
- Asigurarea accesului la serviciile de secretariat ale arbitrajului;
- Asigurarea unui spațiu corespunzător pentru desfășurarea arbitrajului;
- Urmărirea și facilitarea arbitrajului astfel încât acesta să se desfășoare în bune condiții și să se finalizeze în termenul stabilit;
- Examinarea, la cererea tribunalului arbitral și a părților, a proiectului de hotărâre arbitrală sub aspectul forme și/sau al unor probleme de drept, fără însă a se impune asupra libertății de decizie a arbitrilor.

Prin convenția arbitrală, arbitrajul poate fi încredințat uneia sau mai multor persoane, investite de părți, care în conformitate cu acea convenție pot să judece litigiul supus arbitrajului și să pronunțe o hotărâre definitivă și obligatorie pentru ele. Convenția de arbitraj exprimă voința părților de a se adresa arbitrajului pentru soluționarea litigiilor dintre ele (art. 340, 341 din Codul de Procedură Civilă).

Convenția arbitrală poate fi exprimată sub forma unei *clauze în contract* (clauza compromisorie) sau în forma unui *acord separat* (compromisul), fiind obligatorie forma scrisă. Părțile pot de asemenea stipula în această clauză numărul arbitrilor și locul desfășurării arbitrajului. În cazul arbitrajului internațional, ele mai pot stipula și limba utilizată în dezbateri și în înscrisurile depuse, precum și legea aplicabilă fondului litigiului.

Conform art. I pct.2 lit.b din Convenția europeană de arbitraj comercial internațional, semnată la Geneva în 21 aprilie 1961, reglementarea litigiilor de către instituții permanente

de arbitraj constituie, alături de arbitrajul ad-hoc, o formă de realizare a arbitrajului de comerț internațional.

Arbitrajul instituțional (sau instituționalizat) este o formă a arbitrajului de comerț internațional a cărei existență nu depinde de durata unui anumit litigiu, presupune exercitarea atribuțiilor jurisdicționale în mod neîntrerupt, fiind organizat într-un cadru instituționalizat prin lege și având caracter de permanență și continuitate. Numeroasele avantaje prezentate de arbitrajul instituționalizat duc la o anumită preferință a părților pentru această formă de arbitraj, comparativ cu arbitrajul ad-hoc.

Astfel, pentru exemplificare putem enumera beneficiile pe care le prezintă soluționarea litigiilor de către Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României:

- Accesabilitate - capacitatea de a concepe rapid acorduri de arbitrare a conflictelor, fie prin inserarea de clauze compromisorii în contractele comerciale, fie printr-un compromis separat între părți sau în fața tribunalului arbitral sau a instanțelor judecătorești;

- Simplitate – regulile de procedură arbitrale sunt simple și clare astfel încât de multe ori partea se poate reprezenta singură, fără a fi necesară angajarea unui avocat;

- Imparțialitate, corectitudine și integritatea tribunalului arbitral, care este constituit din arbitri independenți;

- Competența specializată a arbitrilor – arbitrii Curții de Arbitraj sunt specialiști cu înaltă calificare în domeniul dreptului și al relațiilor comerciale internaționale;

- Confidențialitate – ședințele de judecată nu sunt publice, nici o persoană nu are acces la informațiile privind activitatea de soluționare a litigiilor;

- Rapiditate – procedura arbitrală se desfășoară pe parcursul a cel mult 12 luni în arbitrajul internațional și 6 luni în cel intern (conform dispozițiilor din Cartea a IV-a din Codul de procedură civilă tribunalul arbitrar trebuie să pronunțe hotărârea în termen de cel mult 5 luni de la data constituirii sale, dacă părțile nu au prevăzut altfel; același termen de soluționare este stipulat și în Regulile de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, în art. 35);

- Atmosferă de parteneriat - arbitrajul este expresia voinței contractuale a părților, asupra litigiului se pronunță arbitrii aleși de către părți;*ti si de parti*;

- Costuri reduse – taxele de arbitraj sunt exprimate procentual, regresiv, pe tranșe, la valoarea obiectului litigiului, potrivit Normelor privind taxele și cheltuielile arbitrale; în arbitrajul intern, taxa arbitrală include și onorariile arbitrilor;

- Sentințele sunt definitive și obligatorii pentru părți, România a ratificat Convenția Națiunilor Unite cu privire la recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine, încheiată la New York, în anul 1958.

Mai trebuie subliniat și faptul că o instituție permanentă de arbitraj prezintă o oarecare stabilitate și un anumit grad de certitudine, ceea ce îi conferă multiple posibilități de a-și aduce contribuția la formarea unei practici mai uniforme.

Toate aceste avantaje au dus la uzitarea cu predilecție a instituțiilor permanente de arbitraj, astfel încât marea majoritate a litigiilor ivite între participanții la comerț au fost încredințate spre soluționare unor asemenea instituții.¹

¹ Mircea N. Costin, Sergiu Deleanu, op. cit., p. 155.

Desfășurarea procesului arbitral începe după momentul constituirii completului de arbitri. În principiu se urmează regulile instituite prin Regulamentul propriu al centrului de arbitraj la care s-au adresat părțile litigante.

Unele din precizările Regulamentului au caracter obligatoriu, fiind considerate ca acceptate implicit de către părți iar altele au caracter facultativ, părțile având posibilitatea de a le aduce amendamentele convenite și considerate de ele ca necesare.

Arbitrajul instituțional se efectuează de către instituții permanente de arbitraj, care funcționează pe lângă camerele de comerț (cum ar fi astfel Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României) ori marile asociații corporative sau profesionale, ca instituții specializate (exemplu: Curtea de Arbitraj de pe lângă U.C.E.C.O.M., Camera Arbitrală a Bursei de Valori București).

Arbitrajul permanent poate avea o competență materială generală sau specializată. Instituțiile arbitrale cu o competență generală pot soluționa orice litigii în materie comercială. Ele își desfășoară activitatea pe lângă camerele sau bursele de comerț ori în mod independent. Instituțiile arbitrale specializate pot rezolva numai litigii de natură comercială¹.

Din punct de vedere al competenței teritoriale, arbitrajul poate fi cu caracter bilateral, regional și internațional. Cu toate că majoritatea organelor arbitrale sunt organizate ca instituții naționale, ele au o vocație internațională.

Din problemele succint prezentate putem concluziona că modalitatea tradițională de organizare a arbitrajului – forma ad-hoc – a devenit în prezent absentă și a intrat într-un declin ireversibil. Deși își mai găsește expresia juridică în diferite texte de lege, în practică, arbitrajul ad-hoc nu mai reprezintă o alternativă căutată și preferată, arbitrajul instituțional fiind forma cea mai agreată de către părți.

Bibliografie:

- Căpățână, O., Litigiul arbitral de comerț exterior*, Ed. Academiei Române, București, 1987;
Costin, M.N., Deleanu, S., Dreptul comerțului internațional, vol. I, Partea generală, Editura Lumina Lex, București, 1994;
Macovei, I., Dreptul comerțului internațional, vol. II, Editura C.H. Beck, București, 2009;
Popescu, T. R., Dreptul comerțului internațional, ed. A 2-a, E.D.P., București, 1983;

¹ A se vedea în acest sens: Ioan Macovei, *Dreptul comerțului internațional*, volumul II, Editura C. H. Beck, București, 2009, p. 271.

ASPECTE SPECIFICE CAUZEI JUSTIFICATIVE DE INDEPLINIRE A UNEI OBLIGATII IMPUSA DE AUTORITATEA COMPETENTA

ASADI-JOZANI NICOLETA-VIOLETA

Avocat - Baroul Bucuresti

ABSTRACT:

The working out and approval of the new Penal Code represents decisive act in the legislative evolution of any state, based on profound changes from Romanian society. The introducing of a new chapter, "justificative act" is based on the prevalent principle of protected interest in certain situations.

In this new chapter is provided by the law, that the act which is penal punished, in the case when is legal justified will be permitted by society.

The imposed obligation is not obvious illegal, don't violate of the life and security person, according to international agreements, ratified by the Romania.

The achieved acts due of the execution imposed obligation by a competent authority are not infringement of the law, and by consequence, against of the executors can not be applied penal punished.

SCURTA INTRODUCERE

Noul Cod penal care va intra in viitor in vigoare, introduce in sistematica legii penale un capitol separat de *cauze justificative* si implicit a conceptului de existenta a unei trasaturi esentiale si anume fapte penale permise de lege in anumite conditii.

Aceste imprejurari care exprima cerinte de ordine juridica, reprezinta o cauza justificativa deoarece in prezenta lor fapta savarsita devine legal justificata, adica permisa de lege si astfel nu mai pot fi aplicate sanctiuni de drept penal.

Constatarea acestor imprejurari si anume ca fapta concreta savarsita, desi constituie infractiune (intrunind trasaturile specifice infractiunii concret determinate), devine permisa de lege inlaturand pedepsirea ei, transforma astfel fapta nepermisa intr-o fapta permisa social.

Specific cauzei justificative, este ca desi ea actioneaza *in rem*, ea influenteaza dintr-o perspectiva superioara existenta infractiunii.

1. SCURT ISTORIC

Codul penal de la 1865 prevedea aceasta cauza justificativa numind-o "ordinul legii si comanda autoritatii legitime", in art. 255 astfel: - "*nu se socotesc crime, nici delicta faptele de omucidere ori de vatamare corporala ordonate de lege sau comandate de autoritatea legitima*".

Codul penal de la 1937 – integreste dispozitiile acestei cauze justificative in art. 137 si anume ca: "*nu se socoteste infractiune faptul impus sau autorizat de lege, daca este executat in conditiile ei, precum si faptul care a fost savarsit de organul competent in virtutea unui ordin de serviciu, daca acel ordin este dat in formele legale de autoritatea competenta si daca nu are un caracter vadit ilegal*" si "*atunci cand executarea unui ordin de serviciu constituie infractiune, seful sau superiorul care a dat ordinul se pedepseste ca autor al acelei infractiuni impreuna cu cel care a executat ordinul, iar cel care a executat*

ordinul este scutit de pedeapsa in caz ca nu a avut posibilitatea sa precizeze legalitatea acestuia".

TANOVICIANU explica cauzele justificative plecand de la definitia infractiunii si preciza ca *"fapta sau inactiunea, ca sa fie sanctionata de lege cu pedeapsa, trebuie ca ea sa le fi considerat ca provenind sau din o rea intentiune ori din o culpabila neingrijire"*. Tot acesta mai afirma ca *"nici nu-si poate inchipui cineva pe un legiutor rational pedepsind o fapta ori o inactiune careia nu i-ar putea imputa intentiunea rea a autorului, sau cel putin o greseala pe care cu multa grija el ar fi putut-o evita"*. De aici rezulta in mod firesc ca actiunea ori inactiunea nu va fi sanctionata penal cand legea ordona, ori cel putin permite fapta, care ar parea sa aiba caracter penal. Deasemeni, cum ar putea legea sa pedepseasca ceea ce permite, ba chiar porunceste considerand-o ca o datorie?

In vechiul drept dupa MENOCHIU se scria ca: - *"acela care s-a supus ordinului superiorului se spune ca e lipsit de culpa"*.

JUL. CLARUS tratand aceeasi chestiune spunea ca *"in mod regulat ordinul superiorului scuzeaza numai cand lucrul facut nu este in genul lucrurilor oprite"*.

Dealungul timpului au existat mai multe SISTEME de interpretare a subordonarii ierarhice si anume:

1) SISTEMUL SUPUNERII PASIVE - care favoriza disciplina ierarhica si intarea astfel energia executarii. Acest sistem mai era numit si al consemnului (de la consigne) unde ordinul superiorului apara intotdeauna de raspundere pe subordonat, care trebuia sa se supuna pasiv si sa execute orbeste ordinele primite.

Maresalul Saint-Arnauld preciza in anul 1851: *"supt arme, regulamentul militar este unica lege"*.

In acest caz, inferiorul care a executat comanda superiorului, insa a violat legea, va fi aparat de pedeapsa.

Inca din acele timpuri, se prevedeau expres doua cazuri in care inferiorul scapa de pedeapsa ca urmare a supunerii ordinului unui superior. Aceste doua conditii erau:

- sa se probeze ca fapta s-a savarsit din ordinul superiorului caruia subordonatul era dator a se conforma

- sa fie vorba despre un ordin pentru care superiorul avea dreptul, in virtutea functiei sa-l dea.

2) SISTEMUL BAIONETELOR INTELIGENTE - aici ordinul superiorului nu-l acoperea de raspundere pe subordonat pentru faptele penale savarsite de acesta, chiar daca acestea se infaptuiau tocmai in virtutea ordinelor primite de la superiori.

Acest sistem strica disciplina militara, subordonatul avand posibilitatea de a nu se supune si a pune in discutie ordinele care i se pareau ilegale.

Intre cele doua sisteme extreme, al supunerii pasive si al baionetelor inteligente, doctrina franceza admite calea de mijloc, cand - subordonatul scapa de raspunderea penala numai atunci cand a crezut in mod rational ca superiorul sau a dat un ordin legitim, adica sa nu incalce flagrant alte legi. Indiferent de caz, subordonatul avea circumstante atenuante. Acest sistem care este sustinut de foarte multi autori, fiind foarte vechi este esenta sistemului de drept roman.

2. DREPT COMPARAT

Cele mai multe legislatii penale prevad explicit indeplinirea obligatii prevazuta de autoritatea competenta - ca si o cauza justificativa (Codul spaniol -art.9, Codul Belgian - art. 70, Codul german etc.)

Codul penal francez - in art. 124-4 prevede ca "*nu este responsabila persoana care indeplineste un act prescris sau autorizat de dispozitiile legale sau regulamentare*" si "*persoana care indeplineste un act comandat de autoritatea legitima, in cazul in care acel act nu este vadit ilegal, nu raspunde penal*".

Codul penal italian - in art.50 prevede ca "*exercitarea unui drept sau indeplinirea unei datorii impuse de lege sau de un ordin al autoritatii publice, exclude pedepsirea*".

3. NOUA REGLEMENTARE

In practica instantelor de judecata s-au intampinat greutati in solutionarea unor cauze privitoare la fapte incriminate de legea penala, dar savarsite de persoane care prin calitatea lor juridica se aflau intr-o relatie de subordonare si erau obligate sa execute ordinele superiorilor. Astfel, au aparut hotarari contradictorii si inechitabile. S-au adoptat numeroase acte normative care prevad proceduri legale de folosire a fortei (ex: legea 218/2002- privind organizarea si functionarea Politiei Romane, legea 295/2004 etc.), dar care nu au reusit sa clarifice situatiile confuze sau lacunele legii.

Dispozitiile art. 21 alin.2 din noul Cod penal, largeste sfera cauzelor justificative aplicand principiul potrivit caruia - o fapta nu poate fi in acord cu anumite domenii ale dreptului fiind in acelasi timp in contradictoriu cu alte domenii. Ea nu reprezinta o noutate absoluta in sistemul nostru de drept, aceasta existand in vechile coduri penale din Romania, iar in prezent s-a revenit la aceasta, ca urmare a insuficientei de aplicare concreta a legii in procesele aflate pe rolul instantelor de judecata.

Cauza justificativa inlatura existenta infractiunii, adica a caracterului penal al faptei, intr-un mod specific, prin raportarea faptei la exigentele de ansamblu ale ordinii juridice superioare. Constatandu-se existenta cauzei justificative inseamna ca ordinea juridica in ansamblu a fost realizata, in pofida tipicitatii faptei si a pericolului social al acesteia.

Din jurisprudenta tarilor care au recunoscut o asemenea cauza justificativa, s-a statuat ca daca executarea ordinului primit nu implica rea-credinta sau culpa vadita, ea permite aceleasi consecinte ca in cazul unei erori de interpretare a unei dispozitii legale neclare. Daca obligatia impusa de autoritatea competenta nu are suport legal, dar subordonatul a executat ordinul cu convingerea ca este legal, acesta poate solicita aplicarea cauzei justificative daca fapta sa reprezinta infractiune, exceptie facand cazul cand ordinul este vadit ilegal.

Pentru a intelege mai in detaliu aceasta cauza, este nevoie sa definim juridic notiunile care o compun. Astfel, prin notiunea de autoritate competenta se intelege autoritatea publica, fie civila (administrativa sau judiciara), fie militara, cu conditia sa fie investita cu puterea de a ordona intr-un anumit domeniu, in conformitate cu legea.

Sintagma vadit ilegal include infractiuni savarsite contra vietii sau integritatii corporale, patrimoniale, in afara de cele in care faptuitorul nu poate cenzura legalitatea sau oportunitatea actului.

Caracterul vadit ilegal al obligatiei impuse de autoritatea competenta presupune existenta a doua criterii:

- criteriul obiectiv - tine cont de natura obligatiei a carei executare s-a impus si de felul in care este organizat serviciul unde isi desfasoara activitatea executantul, care nu i-a permis sa aprecieze legalitatea ordinului

- criteriul subiectiv - se refera la calitatea subordonatului de functionar, cadru militar, la locul sau in ierarhia institutiei respective, la experienta sau cunostintele juridice ale acestuia .

Dispozitiile art.21 alin.2 din noul Cod Penal, pot fi invocate numai de catre o persoana care are statutul de functionar public sau este angajat al unei institutii militare in care ***executarea neconditionata a ordinelor este principiul de baza pe care se intemeiaza disciplina militara.*** Autoritatea competenta apare astfel ca un mijlocitor intre dispozitia legii si subordonat, care va duce la indeplinire ordinul superiorului. In domeniul militar subordonatul executa ordinele impuse de sefii ierarhici, altfel refuzul de a executa ordinele de serviciu fundamenteaza continutul infractiunii de insubordonare.

Autorul faptei penale, in temeiul cauzei justificative poate afirma: "*feci sed jure feci*" adica - am facut, dar cu drept am facut.

Legiuitorul a prevazut, pentru a nu da nastere unui conflict juridic, in ce situatii primeaza indeplinirea unei obligatii, chiar daca prin executarea ei este incalcata o norma de incriminare. Astfel ca obligatia impusa de autoritatea competenta apare ca o activitate disciplinata, ea devenind permisa de ordinea juridica in ansamblu ei.

Stabilirea situatiei de fapt este, in principiu, atributul exclusiv al instantelor competente sa devolveze cauza in fapt si in drept, prin administrarea oricaror probe pentru corecta si completa stabilire a faptelor.

4. ASPECTE SPECIFICE

Pentru ca aceasta cauza justificativa - de indeplinire a obligatiei impusa de autoritatea competenta, in forma prevazuta de lege si care nu este in mod vadit ilegala sa-si produca efectul, trebuie indeplinite mai multe conditii:

- a) sa existe un raport de subordonare legitima;
- b) obligatia sa fie impusa de autoritatea competenta superioara subordonatului;
- c) organul care obliga sa fie competent in a da ordinul;
- d) executantul sa poata satisface obligatia impusa ca urmare a atributiilor sale de serviciu;
- e) ordinul sa imbrace forma legala impusa de lege;
- f) ordinul sa nu fie vadit ilegal – in cazul in care ordinul este legal, executarea lui se poate confunda cu executarea directa a legii.

Indeplinirea unei obligatii impusa de autoritatea competenta reprezinta cauza justificativa si atunci cand ordinul se gaseste intr-un regulament autorizat de lege si emis in conditiile si in limitele fixate de aceasta.

Dispozitia obligatorie presupune existenta unui ordin pe care un subordonat trebuie sa-l execute. Nu intereseaza daca ordinul dat de superior este dat in forma scrisa sau orala, in mod direct de seful ierarhic sau indirect printr-un reprezentant al acestuia. Trebuie ca in orice situatie, ordinul primit sa fi fost executat.

Problema care apare in acest caz este daca subordonatul poate verifica legalitatea ordinului primit si sa nu-l execute daca il considera ilegal.

Deasemeni, diferentierea intre executarea ordinului primit de un functionar public si executarea ordinului primit de catre un cadru militar, evidentiaza existenta a doua realitati fundamentale distincte.

"Verificarea legalitatii ordinului primit de catre un functionar public va face ca fiecare executant sa se transforme intr-un judecator al ordinelor primite, facand astfel imposibila realizarea subordonarii ierarhice care este absolut necesara actiunii sistemului administratiei publice" - a afirmat Alexandru Negoita in scrierile sale.

Astfel ca ideea de subordonare ierarhica va fi subminata iar disciplina compromisa.

Executarea neconditionata de catre subordonat a ordinului primit, transforma executantul intr-un instrument al autoritatii care a dat ordinul.

In legislatia contemporana europeana, s-a ajuns la o solutie de compromis, astfel ca - executantul ordinului datoreaza supunere autoritatii ierarhic superioare fiind obligat sa il execute ca atributie de serviciu. El are dreptul ca obligatia impusa sa emane de la o autoritate competenta, sa fie in forma ceruta de lege si sa intre in sfera atributiilor sale de serviciu, exercitand astfel un control formal al legalitatii obligatiei impuse. Verificarea legalitatii formale a obligatiei impuse, trebuie sa fie obligatorie pentru toti subordonatii, in caz contrar vor raspunde pentru fapta savarsita ca urmare a ordinului primit, atat superiorul care a dat ordinul cat si executantul acestuia. In cazul **militarilor**, verificarea legalitatii substantiale a ordinului primit este limitata. Daca o ilegalitate mai putin evidenta poate fi suficienta pentru condamnarea unui functionar public civil, nu acelasi lucru se intampla in cazul faptelor savarsite de militari ca urmare a obligatiilor impuse ierarhic. Subordonatul care a executat un ordin formal legal, tinand cont de circumstante, conditii, situatii, nu va raspunde de savarsirea infractiunii, fiind ocrotit de cauza justificativa. Daca acesta s-a aflat in eroare, el crezand ca executa un ordin legal - pot fi aplicate regulile erorii de fapt in urmatoarele conditii:

- in cazul erorii invincibile - nu va exista infractiune
- in cazul erorii evitabile - executantul se va afla in culpa

Pentru a se observa ilegalitatea obligatiei impuse se va analiza natura obligatiei impuse pe care subordonatul trebuie sa o execute. **Nu pot fi justificate faptele comise impotriva vietii si integritatii fizice a unei personae precum si cele care atenteaza la dreptul de proprietate sau la alte drepturi ale persoanei, recunoscute prin lege.**

In cazul militarilor este cunoscut faptul ca mediul militar prin natura lui, genereaza o realitate psihologica si educationala specifica, care contribuie la definirea personalitatii acestora. Aici, relatiile interumane sunt bazate decisiv pe ierarhizare, statutele si rolurile fiind precis reglementate. Libertatea de actiune este considerabil limitata la perimetrul institutiei militare si in folosul acesteia, iar spiritul de lucru este preponderent in echipa. Codul propriu de comportament si gandire este diferit de cel civil, in primul rand prin rigurozitate, iar in al doilea rand prin regimul de munca si de viata care este strict dirijat si controlat.

Disciplina militara este cel mai important factor al unei armate. Ea defineste subordonarea, asigura autoritatea si este obligatorie pentru toti militarii, fara deosebire de grad sau functie. Din acest punct de vedere trebuie facuta distinctia, in functie de presiunea ce se exercita asupra subordonatului, iar la militari libertatea acestora fiind evident mai restransa.

Capacitatea de a se opune unui ordin, depinde foarte mult de pozitia ierarhica a subordonatului dar si de natura ierarhiei careia ii apartine. Subordonatul, prin obligatia

impusa de autoritatea competenta, nu trebuie sa depaseasca limitele ordinului primit si nici sa abuzeze de pozitia sa ierarhica, la adapostul cauzei justificative.

5. EFECTE JURIDICE SI LIMITE DE APLICARE

Fapta savarsita ca urmare a unei obligatii impusa de o autoritate competenta, in forma prevazuta de lege,, daca nu este in mod vadit ilegala, nu atrage raspunderea penala a faptuitorului fiind o cauza justificativa ce are efect **in rem** si nu **in personam**, provenind dintr-un text legal.

Nu poate fi aplicata aceasta cauza justificativa in infractiuni de: genocid, tratamente neomenoase si alte crime impotriva umanitatii (Acordul de la Londra - 8 august 1945), precum si tortura (Conventia de la New York - 10 decembrie 1984).

6. CONCLUZII FINALE

Aceasta cauza justificativa se intemeiaza pe realitatea ivita in legatura cu aplicarea raspunderii penale in cauze de conflict de lege, cand din punct de vedere socio-uman trebuie realizata o justa solutionare.

"Faptele savarsite ca urmare a indeplinirii unei obligatii impuse de autoritatea competenta in conditiile date, nu constituie infractiuni. Ca si celelalte cauze justificative, aceasta cauza inlatura caracterul ilicit al faptei si raspunderea civila, chiar daca asemenea fapte pot aduce prejudicii unui drept subiectiv"- C. Statescu, C. Barsan

7. CRITICI SI PARERI PERSONALE

In triumghiul lege-autoritate competenta-executant pot aparea diverse complicatii in executarea obligatiei impuse si a modului de gandire al executantului in ceea ce considera el ca este legal sau ilegal. Textul legal prevazut in noul Cod Penal ce priveste aceasta cauza justificativa **este ambiguu**, iar lucrarile preparatorii duc la situatia incontestabila ca cel care executa un ordin ilegal al unei autoritati competente nu poate fi aparat de raspunderea penala.

Observ ca legea nu este bine redactata, lasand loc de interpretare, nearatand adevarata intentie a legiuitorului. Dupa cum se stie, subordonatul executa ordinul superiorului sau, in virtutea principiului subordonarii ierarhice, a disciplinei in domeniu si a regulamentelor interioare sau a fisei postului in care este incadrat. Ilegalitatea ordinului primit se apreciaza in functie de incalcarea altor legi stabilite si a pagubei produse ca urmare a executarii aceluia ordin.

Este greu de determinat limita - pana unde crede subordonatul ca ordinul impus devine ilegal in a-l executa, iar din acest considerent, cred ca sistemul doctrinei si jurisprudentei franceze este cel mai explicit in acest sens, fiind fundamentat pe cutuma si ratiune.

Astfel, cel ce executa un ordin al unei autoritati competente si care nu stie ca ordinul este ilegal, se poate apara invocand ordinul primit si ignoranta naturii actului. Aceste doua imprejurari reunite, constituie o aparare imbatabila. Valorile sociale ocrotite prin respectarea acestor cerinte sunt superioare valorilor sociale aparate prin respectarea normelor juridice de ramura.

Inchei aceasta lucrare cu afirmatia lui CARRARA in domeniu pe care o consider semnificativa acestei cauze justificative :*"supunerea ierarhica elimina responsabilitatea atunci cand ridica constiinta criminalitatii actului"*.

APRECIERI PRIVIND PREVENIREA ȘI COMBATEREA CRIMINALITĂȚII DIN SISTEMUL BANCAR

Conf. univ. dr. NICOLAE GHINEA
Academia De Poliție „A.I. Cuza”

Analist credite bancare CLAUDIA MARTA GHINEA
Banca Transilvania

Abstract: Bussines crime transforms and affects all the values which represents the substance of the public morality needed in every society, the people's trust in authentic values is crushed by the dimension of illicit profits and by the unpunishment of the ones who have gathered fortunes from criminal activities.

Criminalitatea afacerilor transformă și afectează toate valorile care reprezintă substanța moralei publice indispensabile oricărei societăți, încrederea oamenilor în valorile autentice fiind zdruncinată de dimensiunea profiturilor ilicite și de nepedepsirea celor care au acumulat averi din activități criminale.

Considerăm că sunt convingătoare cuvintele rostite de profesorul P. Trude -Hestenet, de la Universitatea Poitiers, la încheierea unui seminar pe tema criminalității financiare: „Se poate vorbi de criminalitate financiară într-o societate în care cultul banilor a devenit o virtute cardinală? Cum se poate vorbi de criminalitate financiară într-o societate în care, în realitate, este considerat criminal cel care rămâne sărac? Cu cât justiția se apropie mai mult de puterea politică, cu atât se îndepărtează de libertate și, fără îndoială, și de adevăr”¹

Organizațiile criminale evoluează de cele mai multe ori în relație directă cu economia. Principala forță a organizațiilor criminale, astăzi din ce în ce mai flexibile, reactive și capabile să se integreze într-o economie globalizată, nu constă în creativitatea lor în sensul propriu al cuvântului, ci în capacitatea pe care o au de a se adapta și integra în economia legală.

Organizațiile criminale urmează o evoluție asemănătoare cu cea a întreprinderilor legale. Maximizarea profitului reprezentând principalul lor obiectiv, ca și pentru firmele din universul economic clasic, putem afirma oare că nu sunt altceva decât niște întreprinderi ca toate celelalte?

Dacă ne referim la definiția dată de F.B.I., „crima organizată este o întreprindere criminală permanentă care dispune de o structură bine organizată, care se bazează pe teamă și corupție și a cărei motivație este obținerea unui profit”.

Organizația Internațională de Poliție Criminală - Interpol, definește crima organizată ca fiind „orice întreprindere sau grup de persoane, angajate într-o activitate ilegală permanentă, care nu țin seama de frontierele naționale și al căror obiectiv principal este profitul”.

Organizațiile criminale se comportă, într-adevăr, ca niște veritabile conglomerate internaționale. Este din ce în ce mai greu să se stabilească originea reală a veniturilor, atâta timp cât ele își investesc beneficiile obținute din activități ilicite în economia legală, după ce acestea au fost spălate.

¹ P. Troude – Chastenet, Cuvânt de încheiere la volumul *Criminalitatea banilor*, Paris, 2005, pag. 249-250.

Stoparea eficientă a criminalității financiar-bancare, ca formă specială a crimei organizate și ca parte componentă a activităților grupărilor de crimă organizată, al cărei scop final este legalizarea veniturilor obținute în mod ilicit și integrarea lor în circuitele financiare legale, nu poate fi asigurată prin acțiuni unilaterale de întărire a normelor de drept penal sau a oricărui tip de regulamente. Amploarea fenomenului necesită un sistem complex de măsuri și o cooperare interinstituțională a tuturor actorilor implicați în prevenirea și combaterea acestuia.

În plan mai general, evoluția vieții economice face ca operatorii comerciali să fie din ce în ce mai dependenți de circuitul economic internațional. Finanțarea întreprinderilor și dezvoltarea acestora în contextul globalizării a devenit în mod obligatoriu transnațională. Economia de piață are deja un pronunțat caracter internațional și fenomenul continuă să ia amploare prin fuziunea piețelor financiare și evoluția rapidă a tehnologiilor.

Apreciem că fenomenul de criminalitate financiar-bancară valorifică oportunitățile oferite de economia oficială, prin exploatarea inconsistențelor instituționale și a deficiențelor la nivelul managementului guvernamental. Deoarece fenomenul în sine își are geneza în activitățile necontabilizate, putem spune că aria de acțiune maximizează disfuncționalitățile și incertitudinile de la nivelul economiei oficiale.

Frauda financiar-bancară alături de fraudă fiscală și finanțarea terorismului, sunt fenomene care reprezintă amenințări internaționale la adresa economiei mondiale și a instituțiilor angrenate în combaterea economiei subterane, iar prevenirea și sancționarea fenomenelor este marea provocare adresată acestor instituții la începutul secolului XXI.

Consolidarea cooperării inter-instituționale între agențiile de aplicare a legii, abilitate în prevenirea și combaterea fenomenului, este esențială pentru succesul acțiunilor îndreptate împotriva formelor de infracționalitate în domeniul afacerilor, concomitent însă cu implementarea unui sistem informatic complex, care să permită identificarea în timp util a infracțiunilor financiar-bancare.

Întrucât serviciile financiare întâmpină dificultăți în implementarea eficientă a sistemelor de combatere a fraudei financiar-bancare, în general, și a spălării banilor și finanțării terorismului, în special, este necesară o abordare unitară a reglementărilor internaționale de combatere a acestor fenomene, Unitățile de Informații Financiare din întreaga lume trebuind să pună accent pe întărirea schimbului de informații referitoare la spălarea banilor, finanțarea actelor de terorism dar și pe cunoașterea diferitelor moduri de funcționare și organizare a FIU-urilor precum și a sistemelor de cooperare la nivel național.

La scară internațională, fraudă financiar-bancară se bazează pe exploatarea diferențelor de reglementare dintre piețele economice și piețele financiar-bancare ale țărilor de pe întreg globul și are efecte negative considerabile asupra economiei mondiale prin deteriorarea operațiunilor eficiente ale economiilor naționale, coruperea lentă a pieței financiare și reducerea încrederii publice în sistemul financiar internațional, măbind riscurile și instabilitatea sistemului, toate acestea conducând în final la reducerea ritmului de creștere economică mondială.

1. Preocupări privind prevenirea și combaterea criminalității din sistemul bancar

Sensibilitatea mediului financiar-bancar în raport cu schimbarea conjuncturală economică dă naștere nevoii de perfecționare și readaptare a legislației financiar-bancare, deoarece această sensibilitate conjuncturală depinde nu numai de natura diferitelor

operațiuni financiar-bancare, ci și, într-o mare măsură, de însuși mecanismul financiar-bancar.¹

Evoluția vieții economico-sociale determină și condiționează organizarea și funcționarea mecanismului bancar pe care prin diferite măsuri îl perfecționează.

În toate țările (și la noi) s-a dezvoltat această preocupare pentru perfecționarea sistemului bancar și a mecanismelor specifice de funcționare.

Constatarea că mecanismele financiar-bancare pot să atenueze, să agraveze sau să accelereze consecințele economice este o certitudine.

Fără niciun dubiu, companiile au folosit și vor continua să folosească structuri opace și complexe, care includ filiale în centre financiare off-shore, mijloace cu scopuri speciale și tranzacții financiare complexe, deseori cu complicitatea autorităților fiscale și a funcționarilor bancari, pentru a reduce transparența activităților lor în fața controalelor specifice.

De aceea este nevoie de schimbări în abordarea problematicilor financiar-bancare, respectiv simplificarea, prin modificarea legislației și politicii bancare și introducerea de noi reguli interne, regulamente și proceduri.

Necesitatea schimbării este determinată și de atitudinea multor cetățeni, clienți ai instituțiilor de credit. Din ce în ce mai mulți cetățeni așteaptă să fie tratați în mod egal, cu înțelegere și respect de către serviciile bancare prin personalul acestora. Filozofia conformării voluntare este rezultatul unei abordări contemporane privind cunoașterea clientelei bancare.

Presiunea socială împotriva tuturor tipurilor de corupție crește din ce în ce mai mult. Cetățenii doresc un sistem bancar transparent, iar drepturile și obligațiile să nu fie dependente de niște legi nescrise și de negocieri nemonitorizate.

Este nevoie de o nouă politică financiar-bancară în raport cu tratamentul care trebuie aplicat clienților bancari, în condițiile actuale ale crizei economico-financiare mondiale.

Tipul de tratament trebuie să fie bazat, atât cât este posibil, pe situația specifică a fiecărui client bancar. În acest sens, punctele de plecare sunt profitul fiscal și riscul financiar-bancar. Prin angajarea unei abordări selective, capacitatea disponibilă în condițiile aplicării legii poate fi folosită cât mai eficient. Principiul de îndrumare pentru tratamentul clientului bancar este că fiecare va primi atenția cuvenită situației sale.

Altfel spus, tratamentul privind cunoașterea clinelei bancare trebuie să fie interpretat cu referire la procesele implicate în asigurarea serviciilor financiar-bancare, control și depistarea fraudei.

Prin urmare, sistemul bancar are nevoie să se bazeze în prevenirea și combaterea fraudei financiar-bancare pe trei faze diferite: prevenirea prin asigurarea serviciilor bancare adecvate, intensificarea verificărilor generale și depistarea fraudei în mod specializat.

În acest sens există preocupări ale BNR pentru un control financiar-bancar mai eficient.

Strategia Băncii Naționale a României (BNR) trebuie să păstreze și în viitor controlul financiar-bancar în centrul atenției, cu accent mai mare pe elementul calitativ, respectiv eficiența acestuia.

¹ Nicolae Ghinea, Mircea Pascu, *Macrocriminalitatea economico-financiară*, Ed. LVS Crepuscul, Ploiești, 2008

În concret, fiecare instituție de credit trebuie să dezvolte funcția verificărilor-control spre eficiență cu resursele disponibile, plecând de la realitatea că nu se pot cuprinde în verificări toate aspectele privind clienții bancari, întrucât acest lucru ar necesita fie creșterea nejustificată a numărului specialiști în fraudă bancară, fie realizarea unor acțiuni de verificare-control superficiale.

Astfel, maximizarea rezultatelor cu un efort minim se poate realiza prin dezvoltarea procedurii referitoare la analiza de risc. Printr-o asemenea procedură se pot identifica riscurile financiar-bancare ale clienților care trebuie gestionate prin managementul de risc, astfel încât numai riscurile reale să fie controlate.

A. Generalizarea controlului efectuat pe baza analizei de risc

Strategiile de control vor trebui să se bazeze exclusiv pe analiza de risc pentru îmbunătățirea selecției clienților bancari și a sectoarelor cu risc ridicat. Este o orientare absolut necesară, având în vedere că toate statele membre ale Uniunii Europene utilizează această metodă.

Analiza de risc permite ierarhizarea verificărilor, pentru a le putea prioritiza și pentru utilizarea mai eficientă a resurselor disponibile. De asemenea este necesară înregistrarea datelor specifice privind activitatea antifraudă sau rezultatele acestor activități. Absența acestor date, situație cu care se confruntă dealtfel și țările comunitare în prezent, conduce la o lipsă a eficienței analizei de risc, deoarece nu se poate stabili dacă criteriile folosite sunt relevante.

Clientul bancar, persoană fizică sau juridică, despre care sunt suspiciuni de implicare în activități infracționale, trebuie tratat ca orice alt client - un client căruia instituția de credit îi acordă încredere până când sunt dovezi contrare care sugerează că acesta a abuzat de ea. Informațiile variind de la cele privind suspiciuni privind identitatea persoanelor, lipsa documentelor fiscale până la informații mai elaborate privind nesinceritatea declarațiilor referitoare la garanțiile bancare, pot fi utilizate pentru o evaluare a riscului legat de posibilitatea unei viitoare neconformări.

Profilele utilizate pentru acest sistem trebuie să se bazeze pe categoriile de clienți bancari care au caracteristici similare (industrie, agricultură, construcții, baruri/ restaurante, etc). Atenția din punct de vedere bancar nu poate fi aceeași pentru fiecare grup. Aceasta nu înseamnă că unii clienți sunt verificați superficial, ci doar că sfera de cuprindere și profunzimea controlului diferă în funcție de tipul clientului.

În acest scop, clienții bancari pot fi clasificați în trei categorii:

- clienți cu risc redus;
- clienți cu risc mediu;
- clienți cu risc înalt.

Pentru fiecare client bancar riscul va fi previzionat pe baza unui algoritm ce conține următoarele variabile: încrederea financiar-bancară; bonitatea financiar-bancară; probabilitatea de fraudă financiar-bancară.

Încrederea financiar-bancară este determinată în funcție de riscurile persoanei fizice plătitoare, ale consultantului sau firmei sale; importanța veniturilor și a plății impozitelor fiscale la bugetul consolidat al statului, probabilitatea de fraudă financiar-bancară - riscuri aferente grupului țintă.

Un element considerat necesar în clasificarea clienților pe diferite grupuri este deținerea de informații cu privire la diferitele tipuri de grupuri țintă, respectiv informații

privind caracteristicile de neconformare ale unui grup. Aceste informații vor fi utilizate pentru alcătuirea și menținerea listelor cu elemente de interes și programe standardizate de verificare-control general. În plus față de informațiile de grup, sunt necesare și informațiile despre nivelul de conformare al clientului însuși. O mare parte pot proveni de la administrația fiscală (plăți de impozite, declarații fiscale etc.). Alte informații sunt colectate de la terți (de exemplu - plata utilităților) și de la alte instituții administrative (asigurări sociale).

B. Reorganizarea activității de verificare-control financiar-bancar

Fie că este vorba de infracțiuni în legătură cu sistemul bancar sau cu complicitatea funcționarilor bancari, nu este eficient să se mobilizeze resursele instituției de credit sau ale clientului atunci când mizele financiare pot fi limitate.

De altfel, riscurile de fraudă nu sunt uniforme la toate categoriile de clienți. În funcție de sectorul socio-profesional luat în considerare, poate fi mai judicios să ne preocupăm doar de modul de întocmire a documentelor financiar-bancare. În schimb, nu poate fi vorba de a limita investigațiile atunci când examinarea prealabilă a unui dosar scoate la iveală numeroase anomalii aparente.

Experții din cadrul Direcției Supraveghere și Control din BNR, dar și specialiștii antifraudă din centralele băncilor comerciale, trebuie, deci, să poată utiliza cea mai mare paletă posibilă de metode sau proceduri, cum ar fi verificarea extinsă, verificarea simplificată, controlul situației financiar-fiscale pe ansamblu, verificarea punctuală a unui element, pentru a adapta mai bine mijloacele disponibile la situația concretă.

Din punct de vedere administrativ este necesară modificarea structurilor organizatorice și a atribuțiilor acestora.

B1. Înființarea departamentelor antifraudă în fiecare instituție de credit

O condiție importantă pentru o bună rată a depistărilor este de a deține informații excelente.

Oportunitatea înființării unui astfel de departament se datorează lipsei actuale de informații de care ar trebui să dispună specialiștii financiar-bancari înainte de demararea unui control operativ inopinat. Centralizarea informațiilor, atât a celor oferite de clienții bancari, cât și a celor obținute de la terți, va permite creșterea eficienței activității de control financiar-bancar.

B.2. Creșterea responsabilităților analiștilor de credite din unitățile bancare

Pornind pe de o parte, de la faptul că cercetarea infracțiunilor de natură financiar-bancare presupune, în primul rând, cunoașterea fenomenului criminalității în sectorul bancar, un acces într-o manieră directă la informațiile din domeniul de aplicabilitate (dosar bancar, documente contabile) va duce la obținerea unor rezultate performante ale acțiunii de analiză a fiecărui dosar de credit, iar, pe de altă parte, la atingerea obiectivului unității de credit care constă în încasarea corectă a comisioanelor și dobânzilor aferente.

Având în vedere aceste aspecte, considerăm util, inițierea, pe baza un protocol de colaborare între BNR și IGPR, a unor cursuri de pregătire pentru prevenirea și combaterea fraudei financiar-bancare, care să se adreseze analiștilor de credit. Derularea unor asemenea cursuri interactive ar avea un efect viitor de tip preventiv, cât și un impact

pozitiv în schimbarea conduitei funcționarilor bancari, care vor fi mai precauți știind că pot fi urmăriți penal în caz de eludare a legii financiar-bancare.

Cu alte cuvinte, aceste întâlniri ar fi benefice atât pentru sistemul polițenesc prin prisma activităților specifice cât și pentru instituțiile de credit în sensul cunoașterii clientelei prin prisma activităților investigative polițienești.

C. Îmbunătățirea cooperării prin încheierea de protocoale cu alte instituții naționale

Diverse informații trebuie oferite instituțiilor publice în legătură cu aplicarea defectuoasă sau lipsa aplicării legii. Astfel, schimbul de date va deveni din ce în ce mai important, ca rezultat al creșterii internaționalizării și a informatizării.

În scopul eficientizării activităților specifice, considerăm oportun încheierea unor protocoale de colaborare între Inspectoratul General al Poliției Române (IGPR), Banca Națională a României (BNR), Asociația Română a Bancilor, Oficiul Național de Prevenire și Combaterea a Spălării Banilor (ONPCSB), Agenția Națională de Administrare Fiscală (ANAF).

Accesul la resursele și informațiile acestora este aproape indispensabil din cauza complexității crescânde a investigațiilor. Desigur, trebuie respectată confidențialitatea datelor obținute.

Frauda nu este îngrădită doar la nivel național. Integrarea în Uniunea Europeană creează noi oportunități de fraudă iar cooperarea internațională are o importanță din ce în ce mai mare.

D. Dezvoltarea tehnologiei informației

Procesarea informației a fost întotdeauna un proces complex de muncă. Fără un sprijin major de tehnologie a informației, nu se poate face față afluxului foarte mare de informație.

Astfel, atenția poate fi focalizată asupra clienților bancari sau grupurilor de clienți cu cele mai multe riscuri. Noile tehnologii oferă opțiuni pentru creșterea calității acestor procese. Aceasta se aplică, în special, tratamentului clienților care fac parte din cadrul grupurilor țintă sau grupurilor orientate spre clienți. În acest fel se poate ridica nivelul de aplicare a legii.

Ca și în cazul altor instituții, în instituțiile de credit, noile opțiuni de tehnologia informației oferă un impuls pentru îmbunătățirea furnizării serviciilor.

Tehnologia informațională schimbă natura și viteza tuturor tendințelor în ceea ce privește procesele și asigură stimulentele pentru noi forme de tendințe digitale și a comerțului electronic. Din cauza acestor modernizări, latura tradițională pierde teren. Locul acțiunii și locația sunt din ce în ce mai greu de depistat.

Detectarea fraudei într-o economie digitală impune cerințe diferite privind metodele și tehnicile de identificare și localizare a persoanelor juridice și activităților comerciale.

În prezent, se manifestă o cerere crescândă pentru utilizarea datelor automatizate de la procesele principale, până, la scopurile secundare. Găsirea unor legături între datele care sunt deja la dispoziția instituției de credit conduce la noi informații, la caracteristici care pot contribui la identificarea unor indici importanți despre fraude. Tocmai în acest scop trebuie aplicate noi tehnici de depozitare a datelor (de exemplu facilitarea consultării datelor pe subiecte) care să permită o interogare coerentă a acestora.

E. Dezvoltarea managementului

Pentru prevenirea și combaterea eficientă a criminalității din sistemul bancar este foarte important managementul de înaltă calitate.

Personalul managerial trebuie să fie capabil să facă față diversității și să conștientizeze importanța creării unor legături și a motivării personalului. Cerințele în schimbare impuse personalului, cum sunt atitudinea profesională și abilitatea de a opera independent, sunt reflectate în stilul de management solicitat. Sarcina managementului va trebui să se mute către controlul procesului, furnizând cadrul de acțiune și personalul de instruire. Oricum, managerul rămâne în mod evident responsabil pentru procesele primare, în termen ale progresului și rezultatele concrete.

În perioada următoare, atenția va trebui să fie acordată modificării profilului personalului de conducere al instituțiilor de credit în relația acestuia cu autonomia, managementul orientat către rezultate și conceptul managementului integral. Fiecare membru al echipei va avea controlul asupra cunoștințelor, atribuțiilor de comunicație și va fi responsabil cu cooperarea.

2. Sistemul investigativ și de cooperare pentru prevenirea și combaterea criminalității din sistemul bancar

Bazele instituirii unui regim internațional de luptă împotriva criminalității financiar-bancare sunt reprezentate de standardele internaționale în materie, care impun țărilor ce le-au adoptat mai multe obligații decât cele pe care acestea trebuie să le implementeze la nivel național.

Astfel, trebuie să subliniem importanța Acordurile de la Basel privind reglementările bancare și practicile de supraveghere (1988 și 1999) care au fost adoptate sub forma a două directive 2006/48/EC- pentru riscul de credit și cel operațional, 2006/49/EC-pentru riscul de piață și cel de contrapartidă ; Convenția privind spălarea, cercetarea, sechestrarea și confiscarea veniturilor obținute din activități criminale (Convenția de la Strasbourg-1990) ; cele 49 de recomandări ale GAFI cu privire la măsurile pe care trebuie să le ia fiecare țară în vederea combaterii spălării banilor și finanțării terorismului; Convenția Consiliului Europei privind spălarea descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor infracțiunii și finanțarea terorismului, adoptată la Varșovia la 16.05.2005, precum și a III-a Directivă a Parlamentului European și Consiliului Uniunii Europene privind prevenirea folosirii sistemului financiar în scopul spălării banilor și a finanțării terorismului(2005/60/CE).

Având în vedere standardele internaționale și obligațiile pe care România și le-a asumat odată cu adoptarea acestora, analiza situației din România sub aspectul amenințării reprezentate de fenomenul criminalității financiar-bancare, *opinăm că elementele componente ale Strategiei Naționale pentru instituirea unui regim eficient de combatere a acestui fenomen, trebuie să se întemeieze pe experiența internațională și să fie completate cu recomandări specifice referitoare la măsurile și activitățile menite să asigure crearea unor sisteme operaționale eficiente.*

Principiile unei Strategii Naționale de luptă împotriva criminalității financiar-bancare ar trebui să vizeze următoarele elemente de bază:

- *evitarea limitărilor impuse de comunitatea internațională ca urmare a insuficienței măsurilor luate pentru combaterea acestui fenomen, cu scopul de a crea un sistem eficient de protecție națională împotriva criminalității financiar-bancare, ținând cont particularitățile statului respectiv.*

- măsura în care guvernele *sunt pregătite pentru o adoptare completă sau secvențială*, care depinde de poziția acestor guverne față de chestiuni ca : amenințarea pe care o reprezintă acest fenomen, posibilitatea de a acționa pe baza unor legi adoptate pe scară largă și de a proteja interesul economic al țării.

Pentru aceasta trebuie acordată atenție particularităților legislației naționale și organizării instituționale ce vor asigura diagnosticarea posibilelor puncte slabe și stabilirea recomandărilor privitoare la modul de eliminare a aceste puncte slabe.

Menționăm faptul că atât disparitatea resurselor de care dispun statele, cât și situațiile geopolitice atât de diferite ne determină să fim oarecum sceptici și să afirmăm că în materie de cooperare între țări și, mai precis în ceea ce privește lupta împotriva criminalității financiar-bancare, mai sunt încă multe de făcut.

Referitor la sistemul investigativ național pentru prevenirea și combaterea criminalității din sistemul bancar, manifestă lacune organizatorice atât la nivelul Oficiului Național de Prevenire și Combatere a Spălării Banilor (ONPCSB) dar și la nivelul organelor judiciare.

Structura organizațională a ONPCSB nu asigură eficiența operațională în prelucrarea și diseminarea informațiilor financiare, întrucât forul decizional reprezentat de Plenul Oficiului, care are o componență eterogenă, nu poate lua în majoritatea cazurilor decizii operative în consonanță cu evoluția și dinamica fenomenului de spălare a banilor.

Sesizărilor ONPCSB, care au la bază rapoartele transmise de către entitățile raportoare și analizele financiare efectuate de către specialiștii acestei instituții, sunt transmise autorităților judiciare competente la o mare perioadă de timp după efectuarea operațiunilor suspecte de spălare a banilor, fapt ce face practic imposibilă identificarea persoanelor implicate, probarea activității infracționale și implicit tragerea la răspundere penală a acestora.

Considerăm că procesul de reorganizare a Direcției de Investigare a Fraudelor din IGPR, în cadrul căreia s-a înființat un serviciu specializat în recuperarea creanțelor, care cumulează competențele investigative ale serviciilor de combatere a spălării banilor și cel de combatere a fraudelor bancare, a condus la crearea unor paralelisme sub aspectul competențelor și a unor confuzii de comunicare și relaționare cu unitățile de parchet din cadrul Ministerului Public, având drept consecință diminuarea operativității sistemului polițienesc specializat în investigarea și cercetare a infracțiunilor financiar-bancare.

Având în vedere obiectivele Strategiei de Dezvoltare Durabile a României până în anul 2025, ale Planului Național de Dezvoltare 2007-2013 cât și cele ale Strategiei Poliției Române 2008-2011, pentru eficientizarea activității structurilor menționate, trebuie acordată o atenție deosebită cooperării interinstituționale și internaționale. De asemenea pot fi avute în vedere aspecte ale parteneriatului public-privat, în scopul creșterii operativității, dezvoltării conștiinței civice, apropierea de societatea civilă și implicarea acestora în procesul de prevenire și combatere criminalității financiar-bancare, precum și o mai bună cooperare cu autoritățile de supraveghere prudentială.

BIBLIOGRAFIE

1. Costică Voicu,s.a., *Investigarea fraudelor, curs universitar pentru masterat*, Ed. SITECH, 2009, Craiova;

2. Nicolae Ghinea, *Investigarea fraudelor, Curs universitar*, Ed. SITECH, 2008, Craiova;
3. Nicolae Ghinea, *Managementul investigării fraudei care afectează interesele financiare ale Uniunii Europene, Curs universitar*, Ed. SITECH, 2008, Craiova;
4. Nicolae Ghinea, Mihail Marcoci, *Societățile comerciale și criminalitatea economico-financiară*, Ed.Luxlibris, 2007, Brașov;
5. Nicolae Ghinea, Mircea Pascu, *Macrocriminalitatea economico-financiară*, Ed.LVS Crepuscul, 2008, Ploiești.
6. Nicolae Ghinea, Alexandru Moraru, Claudia Marta Ghinea, *Combaterea criminalității din sistemul bancar*, Ed. Sitech, 2009, Craiova.
7. Ungureanu Georgeta, Nicolae Ghinea, Marius Pantea, ș.a., *Investigarea fraudelor, curs pentru masterat*, vol.II, Ed. Sitech, 2009, Craiova.
8. Nicolae Ghinea, Ioan Brîndaș, Mircea Pascu, Liviu Popa, Dănuț Diaconescu, *Criminalitatea financiar-fiscală*, Ed. Durans, 2009, Oradea

ACREDITIVUL DOCUMENTAR

Conf. univ. dr. GHINEA NICOLAE

Asist. Univ. Dr. MARCOCI PETRILA – MIHAIL
Academia De Poliție “Al. I. Cuza” – Catedra de Investigatii Criminale

ABSTRACT

International trade procedure in which the credit worthiness of an importer is substituted by the guaranty of a bank for a specific transaction. Under documentary credit arrangement (also called letter of credit arrangement) a bank (usually in the importer's country) undertakes to pay for a shipment, provided the exporter submits the required documents (such as a clean bill of lading, certificate of insurance, certificate of origin) within a specified period.

The parties to a letter of credit are usually a beneficiary who is to receive the money, the issuing bank of whom the applicant is a client, and the advising bank of whom the beneficiary is a client. Almost all letters of credit are irrevocable, i.e., cannot be amended or canceled without prior agreement of the beneficiary, the issuing bank and the confirming bank, if any. In executing a transaction, letters of credit incorporate functions common to giros and Traveler's cheques.

Acreditivul documentar reprezintă un instrument de plată¹ esențial în tranzacțiile comerciale internaționale. Globalizarea mediului de afaceri și necesitatea apariției tranzacțiilor fără numerar a impus crearea unor instrumente eficiente care să poată realiza dezideratul efectuării rapide a plăților aferente tranzacțiilor comerciale internaționale. Acreditivul documentar permite disponibilizarea și ulterior plata unor sume determinate cu condiția respectării unor condiții prealabile.

Dar, funcția sa esențială ca instrument de plată o reprezintă finanțarea operațiunilor de import-export. De asemenea, documentele necesare deschiderii unui acreditiv documentar intră sub incidența unor reguli foarte stricte. Beneficiarul trebuie să cunoască faptul că nu va putea fi plătit decât după remiterea unor documente conforme din punct de vedere economic și juridic și că banca are opțiunea deciziei independente – strict în baza documentelor – de a efectua plata ori de a o refuza dacă un efect comercial poate fi acceptat.

Acreditivul documentar nu este utilizat doar în cazul livrărilor de mărfuri. Printr-un acreditiv documentar se poate asigura, spre exemplu, predarea unei lucrări aferente unei proceduri de achiziție publică ori privată- construirea unui drum, realizarea unui cartier de locuințe etc. În mod similar, prestațiile aferente, plățile sau după caz garanțiile de natură financiară pot face obiectul unui acreditiv documentar cu condiția ca termenul de plată ori detaliile acesteia să poată fi stabilite pe baza documentelor necesare băncii în vederea efectuării plății. Acreditivul documentar poate fi utilizat ca mijloc de creditare atunci când

¹ Manual de operațiuni documentare în Comerțul exterior – elaborat de Uniunea Bancilor Elvețiene, pg.10

este utilizat ca instrument în comerțul de tranzit, însă în acest caz riscurile aferente deschiderii acreditivului trebuie evaluate corect de banca unde urmează să fie deschis.

Necesitatea standardizării plăților prin acreditivul documentar a creat la nivel internațional o practică uniformă în materie de plăți, materializată în Publicația nr. 500 a Camerei de Comerț Internațional – Paris în care este utilizat termenul de credit documentar pentru a desemna orice angajament de plată contra documente asumat de o bancă, indiferent de denumire sau descrierea subsidiară. De altfel, creditul documentar cunoaște denumiri specifice, diferite între sistemele juridice și bancare cum ar fi:

- Acreditif Documentaire; Credit Documentaire; Lettre de Credit Documentaire – în Franța
- Handels Kreditbrief; Akkreditiv; – în Germania
- Letter of Credit; Documentary Credit; Commercial Letter of Credit – în Marea Britanie;
- Acreditivo; Credito documentario; – în Italia

În literatura juridică românească, s-a impus termenul de acreditiv documentar. Dar, în relațiile financiar- comerciale internaționale, băncile românești utilizează termenul de „Credit Documentaire” sau „Letter of credit” în spiritul reglementărilor internaționale.

Prin Publicația nr. 500 a Camerei de Comerț Internațional – Paris s-a urmărit:

- Facilitarea și standardizarea practicilor în evoluție;
- Sporirea integrității și siguranței acreditivului prin prezumția de irevocabilitate;
- Clasificarea obligațiilor pentru banca emitentă și cea confirmatoare;
- Enumerarea elementelor necesare acceptării fiecărui tip de document de transport.

Avantajele oferite atât exportatorului cât și importatorului au transformat acreditivul documentar în cel mai important instrument de decontare a tranzacțiilor (se estimează că peste 80% din tranzacțiile comerciale internaționale se finanțează pe baza acestui instrument). Participanții la mecanismul de realizare a plăților prin acreditivul documentar trebuie să cunoască foarte bine regulile și uzanțele elaborate de CCI – Paris pentru a beneficia de avantajele acreditivului documentar. Aceste reguli și uzanțe sunt cuprinse în:

1. **Reguli uniforme și practica acreditivelor documentare – CCI Publicația nr. 500**, revizuită în 1993 și a cărei aplicare a început de la 1 ianuarie 1994. La aceste reguli au aderat bănci din peste 170 de țări, inclusiv România. Trebuie precizat că textul în limba engleză este cel oficial.

2. **Formulare standard privind acreditivul documentar – Publicația nr. 516**, în care se prezintă formularele recomandate de către CCI – Paris pentru derularea plăților prin acreditiv documentar, modul de completare a acestora și înțelesul termenilor utilizați, atât de comercianți, cât și de bănci. În publicațiile 500 și 516 se fac precizări în ceea ce privește utilizarea acestor formulare în plățile internaționale cu ajutorul sistemelor de teletransmitere a documentelor, datelor etc. prin sistemele automate.

3. **MT 700 Message Formats, elaborate de Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT)** ce cuprinde formatele de Teletransmisie Standard pentru acreditivul documentar.

Acreditivul documentar¹ poate fi definit ca un angajament- indiferent de modul în care este descris- prin care o bancă (emitentă) acționând la cererea și în conformitate cu

¹ Negruș M., Decontarea tranzacțiilor internaționale, Supliment la tribuna economică, București, 2000

instrucțiunile unui client (ordonatorul-de regulă, importatorul unor mărfuri), contra unor documente strict conforme cu termenii și condițiile se obligă:

- Să efectueze plata în favoarea unui terț(beneficiarul-exportatorul) sau la ordinul acestuia să plătească ori să accepte efecte de comerț(cambii, bilete la ordin) trase de acesta;
- Să autorizeze o altă bancă să facă astfel de plăți sau astfel de efecte să fie plătite sau negociate de o altă bancă

Acreditivul documentar are următoarele caracteristici esențiale:

- **Formalismul sau caracterul documentar** este generat de circumstanța conform căreia exportatorul nu poate pretinde plata contravalorii mărfii decât pe baza prezentării unor documente care fac dovada îndeplinirii stricte a anumitor condiții prevăzute în acreditivul documentar. Băncile angajate în relația aferentă acreditivului iau în considerare doar documentele, nefiind interesate de mărfurile sau serviciile la care se referă.

- **Siguranța** părților implicate în derularea acreditivului documentar, rezultă din:

Exportatorul are siguranța încasării contravalorii mărfii, în condițiile respectării întocmai a obligațiilor sale, de la o bancă angajată ferm să facă aceasta plată;

Importatorul are siguranța că plata mărfii nu se va face decât contra documente care atestă expedierea acesteia și faptul că au fost îndeplinite întocmai condițiile convenite prin textul acreditivului documentar;

Pentru banca emitentă, siguranța operațiunii izvorăște din gajul asupra documentelor de expediție.

- **Fermitatea angajamentului bancar** este esențială în ceea ce privește utilizarea acreditivului în tranzacțiile comerciale internaționale. Banca acționează numai la ordinul și în conformitate cu instrucțiunile ordonatorului, față de care s-a angajat ferm să efectueze o plată în beneficiul unui terț.

- **Independența în raport cu relația contractuală de bază** este o consecință a faptului că acreditivul documentar este o tranzacție independentă de orice contract comercial sau înțelegere dintre părțile care operează mărfurile sau serviciile ce fac obiectul respectivului contract.

- **Adaptabilitatea acreditivului** este conferită de mențiunile ce pot fi inserate în textul acreditivului documentar sau să rezulte din modurile de utilizare a acestuia.

Din definiția acreditivului rezultă o serie de aspecte juridice caracteristice ale acestuia:

- Acreditivul documentar este o tranzacție independentă de vânzare sau de contractele care stau la baza lui, independentă acestui mecanism de plată rezultând din faptul că obligațiile băncilor participante la decontarea prin acreditiv documentar provin din clauzele înscrise în acreditiv și nu din tranzacția comercială;

- Băncile nu sunt implicate în contracte chiar dacă acreditivul face referire la ele;

- Banca emitentă îi garantează că va efectua plata în condițiile stabilite în acreditiv;

Acreditivul documentar reprezintă una din modalitățile cele mai sigure în cadrul sistemelor de plăți internaționale, el neconstituind o operațiune de credit propriu-zisă cu toate caracteristicile subsecvente creditării, ci de o garanție de plată emisă de o bancă în favoarea unui exportator.

Condițiile acestei garanții sunt stabilite de către importatori și sunt cuprinse în documentul numit „deschidere de credit documentar”.

Pentru exportator (vânzător), acreditivul constituie din punct de vedere juridic o promisiune irevocabilă de plată din partea unei bănci, condiționată de prezentarea documentelor de expediție privind mărfurile livrate la export într-un anumit termen.

Exportatorul poate fi creditat în anumite condiții pe lângă banca ce deschide acreditivul și poate să beneficieze de un avans din partea băncii locale corespondente pentru facilitarea operațiunilor aferente exportului sau la nivelul contravalorii documentelor prezentate privind mărfurile livrate, serviciile prestate și lucrările executate.

Pentru importator(cumpărător), acreditivul constă dintr-o dispoziție de plată irevocabilă în favoarea exportatorului, condiționată de prezentarea documentelor de către beneficiar la banca sa.

Importatorul(cumpărătorul), în calitate de ordonator al acreditivului, formulează în ordinul de deschidere al acestuia dat băncii unde-l deschide exigențele asupra documentelor, pe care trebuie să le depună beneficiarul la banca sa, ținând seama de clauzele stabilite în contractul de vânzare-cumpărare privind derularea tranzacției comerciale, precum și de normele acceptate pe plan internațional, care reglementează conținutul acreditivului. Aceste norme sunt stabilite de către Camera de Comerț Internațional sub denumirea: „Reguli uniforme și plata acreditivelor documentare”.

Prin acreditivul documentar se realizează un mecanism de control reciproc, cu scopul de a-l asigura pe vânzător că va încasa contravaloarea mărfurilor livrate, dacă a efectuat livrarea în termenii și condițiile stabilite de cumpărător. Astfel, de esența acreditivului documentar este „promisiunea unei bănci emitente de a plăti în schimbul unor documente specifice”¹

În literatura de specialitate denumirea acreditivului documentar se poate explica în două moduri: odată „prin faptul că banca este acreditată de către client să efectueze plata pe baza documentelor care dovedesc livrarea mărfurilor conform contractului internațional” și a doua oară „prin faptul că băncile pot acorda credite participanților la schimburile internaționale care au prevăzut acest mecanism de plată în contracte”²

Acreditivul documentar se poate clasifica după mai multe criterii după cum urmează:

1. Formă:

- revocabil
- irevocabil

2. Modul de utilizare:

- Cu plata la vedere;
- Cu plata diferată ;
- Cu plata prin acceptare;
- Cu plata prin negociere;

3. Clauzele speciale pe care le conține cu efect asupra utilizării acreditivului documentar:

- Transferabil;
- Revolving(reînoibil);
- Clauză roșie(red clause);
- Stand by;
- Back-to-back
- Cesionat;

¹ David Eiteman, *Multinational Business Finance*, Addison-Wesley Publishing Company, p. 445.

² David Eiteman, *Multinational Business Finance*, Addison-Wesley Publishing Company, p. 186.

- De compensație(reciproce);

În cererea de deschidere a acreditivului importatorul trebuie să selecteze și să menționeze în mod indubitabil care va fi forma acreditivului: acreditiv revocabil sau acreditiv irevocabil; lipsa acestei mențiuni transformă acreditivul într-unul irevocabil.

Acreditivul revocabil are ca și caracteristică principală faptul că „poate fi modificat sau anulat, în orice moment, indiferent de termenul de valabilitate al acestuia, dar până la prezentarea documentelor de export la banca desemnată ca executor al acreditivului”¹

Această formă a acreditivului documentar generează riscuri atât pentru importator cât și pentru exportator. Riscul major apare însă de partea exportatorului care poate să fi expediat marfa și să nu fi avut timp să expedieze documentele înainte ca banca avizatoare să primească înștiințarea de modificare sau anulare. Astfel exportatorul se bazează numai pe integritatea importatorului de a nu revoca acreditivul. Datorită acestor riscuri acreditivul revocabil este folosit foarte puțin în relațiile de plată internaționale, fiind totuși utilizat în decontările ce se realizează la nivelul companiilor multinaționale între societatea mamă și filialele sale.

Acreditivul irevocabil implică un angajament ferm al băncii emitente de a efectua plata în favoarea beneficiarului, cu condiția ca documentele prezentate de aceasta să fie strict conforme cu termenii și condițiile din acreditivul documentar. Un acreditiv documentar irevocabil nu poate fi modificat sau anulat de ordonator fără acordul băncii emitente, băncii confirmatoare (dacă acreditivul documentar este confirmat) și al beneficiarului.

Din punctul de vedere al beneficiarului, acreditivul irevocabil este cert din perspectiva încasării plății, cu condiția de a prezenta documente conforme strict cu termenele și condițiile stipulate în acreditivul documentar. Acreditivurile irevocabile pot fi: confirmate sau neconfirmate.

Acreditivul documentar irevocabil neconfirmat. În principiu, banca emitentă, prin angajamentul luat în deschiderea de acreditiv documentar, își asumă întreaga responsabilitate privitoare la plată. Aceasta înseamnă:

- În situația când în textul acreditivului documentar este desemnată o altă bancă să plătească (locul plății se situează la altă bancă decât cea emitentă), această stipulație nu conduce automat la obligația băncii desemnate să efectueze plata;
- Banca desemnată este obligată însă, să comunice expres beneficiarului acceptul său de a efectua plata, în caz contrar, primirea/examinarea/expedierea documentelor de banca desemnată nu o obligă la plată;
- Dacă o altă bancă desemnată a efectuat plata, banca emitentă este obligată să îi ramburseze banii contra documentelor primite în strictă concordanță cu termenii și condițiile din acreditivul documentar.
- Dacă o altă bancă desemnată prin acreditiv documentar nu acceptă cambiile trase asupra ei ori nu plătește la scadență cambiile acceptate de ea, banca emitentă este obligată să accepte cambiile și, respectiv, să le plătească la scadență;
- Dacă plata este realizabilă prin negociere, banca emitentă este obligată să plătească, fără drept de recurs împotriva trăgătorilor, cambiile trase de beneficiar și

¹ Floricel Constantin, Relații valutare financiare internaționale, Ediția a V-a E.D.R., București, 1998, p. 91.

documentele prezentate în cadrul acreditivului documentar, negociate de banca desemnată(negociatoare).

În concluzie, în situația acreditivului documentar irevocabil neconfirmat, banca emitentă este singura entitate financiar juridică angajată ferm la plată, celelalte bănci care intervin în relația de acreditiv documentar acționează, în principiu, ca mandatar, în numele băncii emitente și potrivit instrucțiunilor acesteia, fără să-și asume vreo obligație subsecventă unui angajament ferm de plată.

Acreditivul documentar irevocabil confirmat este acela în care, la angajamentul ferm al băncii emitente, se adaugă un angajament de plată independent și ferm al unei bănci terțe - banca confirmatoare. În caz de modificare a acreditivului documentar, banca confirmatoare poate să accepte sau nu extinderea confirmării și asupra modificării acreditivului documentar.

Opțiunea pentru acreditiv documentar irevocabil confirmat este, de regulă, a exportatorului, care trebuie să aibă în vedere următoarele:

Comisionul de confirmare generează costuri suplimentare ce intră în categoria comisioanelor bancare fiind, de regulă, este suportat de beneficiar;

Acreditivul documentar irevocabil confirmat se recomandă a fi utilizat în relațiile cu partenerii economici din țări cu o situație financiară precară, unde pot apărea dificultăți de plată ori atunci când starea financiară a băncii emitente ridică anumite probleme în ceea ce privește realizarea plăților la care s-a angajat; în condițiile în care banca emitentă nu prezintă garanții privind solvabilitatea, orice altă bancă va evita să dea confirmare pentru un acreditiv documentar emis de aceasta.

În perioada negocierilor comerciale, exportatorul va trebui să solicite expres prin contract precizarea băncii confirmatoare. Aceasta poate fi o bancă din țara sa sau o altă bancă dintr-o țară terță (alta decât țările celor doi parteneri).

Practica bancară a demonstrat că în cazul unor importatori/bănci emitente cu probleme financiare, băncile confirmatoare condiționează, de regulă, confirmarea acreditivului documentar de constituirea în prealabil la ele a unui depozit valutar egal ca valoare cu valoarea acreditivului documentar. Asemenea acreditive, în practică, sunt denumite acreditive cu acoperire anticipată.

În esență, acreditivul documentar irevocabil confirmat scoate în evidență rezervele partenerilor (exportatori) cu privire la incapacitatea de acoperire a angajamentelor de plată asumate de cealaltă parte (agent economic importator – ordonator ori bancă comercială – emitenta acreditivului). În acest context, băncile solicitate să confirme acreditivele deschise de băncile comerciale adesea condiționează confirmarea acestora de acoperirea anticipată a acreditivelor, respectiv punerea la dispoziția lor, în mod anticipat, a sumelor în valută, corespunzătoare valorii acreditivului documentar ce urmează a fi confirmat.

Dar, esențială pentru utilizarea acreditivului documentar este fermitatea angajamentului bancar. Indiferent de forma acreditivului documentar revocabil sau irevocabil – banca acționează la cererea și în conformitate cu instrucțiunile ordonatorului față de care s-a angajat să efectueze plata. Acest angajament rămâne ferm până în momentul în care banca primește alte instrucțiuni decât cele inițiale.

UNELE CONSIDERAȚII TEORETICE PRIVIND FENOMENUL TURISMULUI PEDOSEXUAL ÎN CONTEXT EUROPEAN

Conf. univ. dr. BARBU NICU-DAMIAN
Conf. univ. dr. PETCU PAUL MIRCEA

SOME THEORETICAL CONCERNING THE PHENOMENON OF THE TOURING PEDOSEXUAL CONTEXTUALLY EUROPEAN

Abstract: The touring pedosexual is a recent phenomenon cause fractionally developmental transported aerial and of the growth number of tourists. However, long sexual pleasure is one of the reasons for making a trip abroad. This scourge is still rife in European countries and the authorities therefrom have no state with the hands in bosom and roughened to blood the punishments for the corruption and the sexual abuse about minor. Our became one of the the favorite destinations ale pedofililor because the legislation in area is extravagantly permisiv.

Un subiect de preocupare și un domeniu de acțiune la scară internațională îl reprezintă prostituția cu copii și turismul pedosexual. În același timp, se constată și mondializarea problemei legate de fenomenul îngrijorător al permeabilității crescute a frontierelor naționale, într-un cuvânt turismul sexual.

S-a convenit să se recunoască faptul că inițiativele luate de serviciile judiciare pentru a lupta împotriva acestei forme de exploatare a copiilor trebuie să aibă posibilitatea de a trece frontierele naționale și jurisdicționale, deoarece cadrul și circumstanțele în care se practică această exploatare se schimbă o dată cu libera circulație a persoanelor și cu noile tehnologii ale informației. Turismul pedosexual este un fenomen recent cauzat în parte de dezvoltarea spectaculoasă a transportului aerian și de creșterea numărului de turiști. Or, de multă vreme plăcerea sexuală reprezintă unul dintre motivele efectuării unei călătorii în străinătate. Acest flagel a atins cote alarmante în țările Europei Occidentale, iar autoritățile de acolo nu au stat cu „mâinile în sân” și au înăsprit la sânge pedepsele pentru coruperea și abuzul sexual asupra minorilor. Ca atare, s-a declanșat o adevărată vânătoare a dezaxaților care întrețineau raporturi sexuale cu minori. Hăituiți peste tot în Europa, pedofilii s-au îndreptat către fostele țări comuniste, cu precădere către cele din Sud-Est, acolo unde legislația în domeniu are mari lacune, victimele sunt racolate mai ușor, iar autoritățile arată o oarecare sfială atunci când au de cercetat persoane străine.

Țara noastră a devenit una dintre destinațiile preferate ale pedofililor deoarece legislația în domeniu este extrem de permisivă. Așadar, bazându-se pe somnolența autorităților și pe faptul că puteau să-și racoleze din belșug victime din rândul „copiilor străzii”, România a devenit un adevărat rai pentru refugiații perversi. Promițând lucruri de nimic, cum ar fi o simplă baie și o masă caldă, sau ademenindu-i cu sume de bani modice, uneori chiar cu dulciuri, pedofilii reușeau îngrijorător de simplu să-i atragă pe micii «vagabonzi» în diferite case, unde abuzau de ei.

Autoritățile care se ocupă de protecția copilului au sesizat destul de târziu că traficul sexual cu minori din țara noastră a ajuns pe mâna unor structuri destul de bine organizate. Pe de altă parte, acești copii, vagabondând de atâta timp, au pierdut contactul cu societatea și nu mai știu prea bine ce este bine și ce este rău. Ei sunt creduli, naivi și

cad foarte ușor în plasa pedofililor. O parte de vină are și legislația, care nu pedepsește așa cum se cuvine aceste infracțiuni.

Autoritățile române au manifestat prea multă bunăvoință față de acești indivizi, pe care și cei din propriile țări îi detestă, privindu-i ca pe niște adevărați criminali. Există, în acest sens, o serie de curențe legislative, care împiedică autoritățile polițienești să se implice mai eficace în prevenirea și sancționarea actelor de pedofilie. În același timp, nu există încă în România asistență medicală și socială specializată pentru victimele acestor acte.

Pe lângă România și alte state est-europene, proaspăt evadate din lagărul comunist, au intrat în forță pe harta turistică a pedofililor occidentali, alături de „obiective exotice” consacrate, precum Thailanda, Sri Lanka sau țările africane. Permisivitatea legislativă din aceste țări și lipsa de interes a autorităților au transformat aceste regiuni într-un adevărat paradis pentru amatorii de „carne fragedă”. Toții amatorii de amori exotice și tarificate sunt avizi de „trufandale”. Atunci când mizeria domnește, prostituția adultă și cea infantilă sau adolescență merg aproape mână în mână. În ceea ce-i privește pe acești turiști care, odată ce au trecut granița, nu țin cont de interdicțiile aflate în vigoare în statul lor și consideră că în anonimat se află la adăpost de legii, numărul lor a crescut îngrijorător.

Destinația ideală trebuie să reunească următoarele elemente de bază: frumusețea peisajelor și a plajelor, soare, căldură și exotism, interesul pentru obiective arheologice. cursul de schimb favorabil, naivitatea tinerelor fete și băieți care visează să scape de sărăcie, mizeria care permite cumpărarea oricăror forme de sexualitate, absența unei legislații ferme care să-i protejeze pe minori etc.

Pedofilii și hebefilii (din grecescul „hebe” - adolescent, „filie” - iubire, „hebefilie” - iubire pentru adolescenți) nu au nevoie de ghizi.¹ Trebuie doar să deschidă zierele pentru a-și alege viitoarea destinație. Ei știu că sunt „așteptați” peste tot, unde bărbați, femei sau copii sunt dispuși să facă orice pentru bani.

Unele dintre țările în cauză, cum ar fi Thailanda, Sri Lanka, Filipine au adoptat legi foarte represive, însă, dacă o țară hotărăște să întreprindă anumite măsuri împotriva acestor turiști fără scrupule, o alta le va deschide porțile, și cu certitudine, cercul se strânge în jurul pedofililor occidentali la legile internaționale.

Fenomenul poate fi înțeles doar prin prisma riscurilor enorme pe care le suportă acești pedofili în țările lor de origine, unde o serie de crime odioase, având drept victime copii abuzați sexual, a făcut ca legea, presa și autoritățile statului să includă această infracțiune pe lista lor de priorități absolute.

După definiția dată de Consiliul Economic și Social al Națiunilor Unite, 1996, activitatea de prostituare a copiilor constă în: *„fapta de a obține, procura sau oferi serviciile unui copil pentru a întreține - a instiga un copil să întrețină - raporturi sexuale, în schimbul unei forme oarecare de despăgubire sau de „retribuție, sau orice alte acte legate de această infracțiune, chiar și cu consimțământul copilului.”* În legătură cu consimțământul, trebuie precizat că pentru a-și putea da consimțământul „în cunoștință de cauză” la o activitate sexuală, copilul trebuie să înțeleagă ceea ce consimte, să cunoască normele acceptate de societate în materie de sexualitate și să știe să aprecieze consecințele posibile ale hotărârii sale. Trebuie luat în calcul dacă copilul și adultul au aceeași putere pentru ca hotărârea minorului să nu fie influențată de nici o constrângere.

¹ *Curs Poliție Judiciară*, vol. II, București, 2002, p. 208.

Înțelegem prin **turism pedosexual** „fapta cetățenilor din țările dezvoltate economic de a se duce în țările subdezvoltate pentru a obține servicii sexuale; expresia „turist sexual” cuprinde, de asemenea, persoanele care, în deplasările lor în scop profesional, caută întreținerea de relații sexuale cu copii sub o formă mai mult sau mai puțin mascată (se face chiar propagandă turismului sexual spre anumite destinații, ex. Thailanda). O altă definiție dată **turismului pedosexual** o reprezintă „exploatarea sexuală și comercială a copiilor de către persoane care călătoresc din propria țară în alta - de obicei mai puțin dezvoltată - pentru a se angaja în activități sexuale cu minori”.¹

În aceste definiții, după părerea noastră, punctul esențial este acela că prostituția juvenilă nu este comisă de copii, ci de persoana care îi închiriază sau oferă serviciile lor. Rezultă de aici că acești copii nu se prostituează ei înșiși, ci sunt prostituați de altcineva.

Dinamica turismului pedosexual poate fi descrisă ca o formă de abuz organizat, favorizat de un joc combinat al mai multor elemente care rezultă din necesitate, dintr-o implicare, dintr-o intervenție sau din orice altă cauză: delincventul, turistul, criminalitatea organizată și, câteodată, guvernele dornice să dezvolte turismul.

Prin abuz sexual organizat se înțelege fapta comisă de diferiți delincvenți, dintre care o parte sau toți sunt străini de anturajul victimei sau al victimelor, care acționează concertat pentru a agresa sexual un copil sau mai mulți copii, ori acțiunea unui adult de a utiliza un cadrul instituțional sau o poziție de autoritate pentru a recruta copii în scopul de a-i supune unor abuzuri sexuale.²

P. Bibby extinde definiția pentru a include „abuzarea sistematică a copiilor de către mai mulți bărbați, în mod obișnuit” caracterizată prin țintirea bine gândită și disimulată, prin acțiunile de apropiere și adaptare, de seducere, prin crearea unei situații de dependență și de obligarea subiectului la păstrarea tăcerii asupra celor petrecute”.³

Principala dificultate care trebuie depășită pentru a putea acționa contra prostituției cu copii și turismului pedosexual, este lipsa informațiilor fiabile privind natura, amploarea și caracteristicile fenomenului. Datele de care se dispune privind turismul pedosexual se află în principal în descrierile de caz individuale prezentate de mass-media. Nu există, ca să spunem așa, studii empirice asupra turiștilor închiși pentru întreținerea de relații sexuale cu copiii. Aceasta se explică prin numărul mic de delincvenți și prin împrăștierea lor în lume, lucru care pune probleme de ordin metodologic pentru cercetători.

Profilul psihologic al acestor turiști pedosexuali este atât de eterogen, iar motivațiile lor sunt atât de transparente! „Există pedofilul occidental care călătorește cu un singur scop, acela de a întreține relații sexuale cu copii care nu au atins încă vârsta pubertății”, susține Agnes Fournier de Saint-Maur șeful Serviciului trafic de carne vie din Interpol. Apoi, sunt pedofilii locali, întâlniți în special în Asia de sud-est unde relațiile cu copiii au o enormă conotație virilă. În fine, ajungem la turiști obișnuiți care, confrunțați cu fenomenul prostituției juvenile vor să trăiască noi experiențe sexuale și contribuie astfel la dezvoltarea pieței prostituției locale. Turiștii pedosexuali par a fi mai puțin motivați de sexualitatea în sine decât de sentimentul de putere și de control pe care li-l oferă o relație, evident inegală

¹ Questions and Answers About Commercial Sexual Exploitation of Children, An Information Booklet by ECPAT International, 2001, p. 6.

² P.J.Mc Lachlan-inspector al Metropolitan Police Service - Londra, articolul *Crimă organizată*, pag. 115.

³ P.J.Mc Lachlan-op. cit., pag.115.

din punct de vedere fizic, psihologic, social, cu un minor. A-și impune sexualitatea înseamnă și a-și impune puterea, iar unii dintre ei asta caută, de fapt.

Turiștii care practică sex cu copii pot fi: căsătoriți sau necăsătoriți, bărbați sau femei, cu situație materială bună sau modestă, pot fi pedofili care călătoresc cu scopul de a exploata copii sau turiști care nu au intenționat să abuzeze copii. Acești turiști justifică atitudinea lor prin faptul că, în cultura țării respective, acest lucru este acceptat, sau că i-au ajutat pe copii oferindu-le bani. Mass-media a evidențiat constant cazuri de copii supuși abuzului sexual și exploatării sexuale, iar descoperirea și reținerea persoanelor implicate în rețele de trafic cu ființe umane a determinat instituțiile abilitate să prevadă măsuri de intervenție și de stopare a fenomenului.

Potrivit opiniei unui ofițer englez, P.J.Mc Lachlan-inspector al Metropolitan Police Service din Londra, în articolul „Crimă organizată”, susținut în cadrul Școlii de poliție a New Scotland Yard Police, turiștii pedosexuali se pot clasa în două mari categorii, și anume:

- adulți care se dedau accidental la activității sexuale cu copii;
- adulți care caută cu prioritate întâlniri cu copiii, pentru a întreține relații sexuale cu aceștia.

Cele două categorii nu au, poate, aceleași intenții, dar și un caz și celălalt sunt la originea exploatării sexuale a copiilor. Categoriile menționate mai sus sunt utile deoarece permit considerarea turistului sexual „accidental”, mai degrabă ca un „client ocazional al prostituatelor”, spre deosebire de turistul pedosexual care este de fapt un delincvent cu practici pedofile exclusive. Aceasta prezintă interes pentru elaborarea unor măsuri preventive destinate să protejeze copii prostituți, deoarece strategiile care mizează pe educație pot avea efect asupra delincvenților ocazionali, dar nu au nici o șansă să frâneze delincventul cu practici pedofile exclusive.

Considerăm că, motivele de ordin psihologic, cultural și social care-i „împing” pe turiștii sexului să abuzeze de copii, în țările în curs de dezvoltare, sunt următoarele:

- căutarea de experiențe noi;
- „oferta” abundentă de copii, lucru care mărește atracția;
- costul mic;
- un anumit dispreț rasial;
- pretextul înșelător al exotismului, care constă în a pretinde că acești copii din țările de destinație ating maturitatea sexuală la o vârstă precocă;
- superioritatea economică;
- imunitatea;
- anonimatul delincventului.

Deoarece invariabil copilul intră în contact cu agresorul sexual în locuri cunoscute pentru acest tip de prostituție, delincvenților li se oferă ocazia de a comite o infracțiune împotriva copilului fără a mai trebui să recurgă la procesul de „grooming”¹ și de a arunca vina tot asupra victimei. „Schimbul” desfășurându-se într-o manieră politicoasă, într-un

¹ Termenul de grooming conform cu P.J.Mc Lachlan op. cit p. 110, „desemnează procedeele și strategiile utilizate de delincvenți pentru a selecționa copiii, a avea ocazia de a-i întâlni și de a avea contacte sexuale cu ei, pentru a-i încuraja să păstreze secretul asupra acestor fapte, pentru a menține victimele în această stare și pentru a continua abuzurile, precum și pentru a împiedica orice dezvăluire despre aceste infracțiuni cât mai mult timp după săvârșirea lor”.

climat aparent tolerant, este interpretat greșit ca fiind rezultatul unei atracții mutuale iar suma oferită copilului este eronat percepută ca un ajutor adus defavorizaților.

O'Connell Davidson și Sanchez Taylor definesc turiști pedosexuali (ocazionali) ca fără discernământ moral precum niște „machos”. Acești delicvenți occasionali au o viziune deformată asupra culturii țării vizitate, considerată din punct de vedere sexual ca fiind mai „deschisă”, „naturală” și „liberă” decât societatea occidentală, ceea ce îi determină să se înșele asupra sensului acordat comportamentului sexual în țara gazdă. Ei se amăgesc cu iluzia că nefiind primii care provoacă rana reprezentată de contactul sexual adult-copil nu comit nici un abuz.¹

Se constată adesea că delincvenții construiesc un scenariu în care copiii de care abuzează consimt la contactul sexual, în urma căruia au și un profit. Aceeași convingere poate veni în sprijinul tezei delicvenților intelectuali cu practici pedofile exclusive care militează în favoarea contactului sexual între adult și copil într-un cadru familial dintre cele mai obișnuite. Se știe că există grupuri de militanți care consideră că faptul de a avea relații sexuale cu adulți poate fi benefic pentru copii.

Argumentele folosite pentru a prezenta delincvenții ca pe niște oameni cumsecade sunt acelea că „activitățile” lor constituie experiențe norme, umane și prețioase și că acești copii nu sunt întotdeauna traumatizați de relațiile sexuale adult-copil. Convingerile acestor pedofili este că ar fi mai corect să se vadă în pedofilie o simplă manifestare diferită, dar acceptabilă, a dorințelor sexuale.

De Young, Campagna și Poffenberg au identificat organizațiile pedofile care preconizează acceptarea relațiilor sexuale cu adult-copil și care, de asemenea, au militat pentru difuzarea acestei idei. Prin existența lor, astfel de grupuri de presiune, care se bazează pe filme erotice produse de ele însele și pe schimburi de informații, justifică, motivează și validează deformațiile „predicate” de delincvenți.²

După opinia lui Collins, pentru „amatorii de copii” este important, din punct de vedere psihologic, să fie asimilați unei minorități persecutate. Argumentul lui Sandfort constă în a spune că dacă, în anumite cazuri, contactul sexual între adulți și copii pare să fie nociv nu semnifică totuși că orice contact sexual între adult-copil este un abuz. Finkelhor contestă această opinie afirmând că, într-o societate bazată pe ideea liberului arbitru și a capacității de a-și da consimțământul, copiii nu au nici puterea de a cunoaște, nici autoritatea, indispensabile, și una și alta, pentru a exercita această capacitate³.

După cum se știe, copiii au mai puțină putere și autocontrol decât adulții și, în consecință, nu au autoritate nici în sens juridic, nici în sens psihologic. În plus, copiii nu știu ce semnifică sexualitatea, nu au informații care să le permită să prevadă turnura pe care o va lua relația sexuală și nu au nici o idee despre modul în care alții vor reacționa față de participarea lor la „schimburile sexuale”.

În urma investigațiilor efectuate asupra turiștilor pedosexuali din Asia de Sud-Est, în Caraibe și în America Latină au scos în evidență similitudini frecvente între turiștii clienți ai prostituatelor și cei ai care abuzează de copii prostituați. Când copii sunt abuzați de către delicvenți occasionali, ideea comodă a unui „schimb” prelungit între copilul prostituat și delincvent, în ambianța deconectantă a vacanței, permite o distorsionare cognitivă a

¹ P.J.Mc Lachlan-inspector al Metropolitan Police Service - Londra, articolul *Crimă organizată*, susținut în cadrul Școlii de poliție a New Scotland Yard Police, p. 118;

² Idem 119.

³ Ibidem.

procesului delictual. Pentru delincvent nu este vorba de a recurge la prostituție, ci de o activitate normală pentru victimă, fără caracter de exploatare, de un schimb de ordin sexual și afectiv.

Preocupările în combaterea pedosexualismului turistic sunt tot mai evidente, astfel începând din luna septembrie 2000, „Codul mondial de etică al turismului”, adoptat de „Organizația Mondială a Turismului la 01.11.1999, a dobândit noi dimensiuni, o dată cu crearea Comitetului Mondial de Etică a Turismului. Pe viitor, membrii săi ar putea fi sesizați pentru a rezolva litigii de natură etică, prin intermediul unui „mecanism de conciliere voluntară”. Conținutul codului se adresează, în același timp, profesioniștilor din domeniul turismului, comunităților gazdă, turiștilor și mass-media. Acesta face bilanțul problemelor legate de turism, recomandă interzicerea exploatării sexuale și promovează un turism care să respecte drepturile omului, în special pe cele ale minorităților și ale copiilor.¹

¹ Sinteză Documentară, Anul IV, nr.1(12), Ed. M.A.I., București, 2003, p. 55.

REGLEMENTAREA JURIDICĂ A GRUPĂRILOR MISTICO-RELIGIOASE, ÎN CONTEXT EUROPEAN

Conf. univ. dr. BARBU NICU-DAMIAN

Conf. univ. dr. PETCU PAUL MIRCEA

Academia De Poliție „A.I.Cuza”

THE REGULATION OF MYSTICAL-RELIGIOUS GROUPS IN CONTEXT EUROPEAN

Abstract: Sectantismul religios constituie today one of the most interesting phenomena psychosocial, with numerous implicatii in the flesh of a human communities. In general, the sects develop during periods of rapid social change, the feelings of frustration are common. Sects are concerned with all aspects of life and behavior of individuals, focusing more on religious education of young people, which is made by qualified personnel in this direction.

1. Activitatea unor secte și grupări religioase cu preocupări anarhice

“În general, sectele se dezvoltă în perioadele de schimbări sociale rapide, în care sentimentele de frustrare sunt mai frecvente. Sectele se preocupă de toate aspectele vieții și de comportamentele indivizilor, insistând mult pe educația religioasă a tinerilor, care este făcută de un personal calificat în aceasta direcție”, explică profesorul Trăilă Cernescu. “De regulă, resursele materiale provin din donații private și mai puțin din subsidii guvernamentale”.

Potrivit profesorului Ioan Mihăilescu, în România au fost identificate 350 de secte de o mare diversitate, ceea ce face dificilă clasificarea lor. Chiar dacă este vorba de grupuri sociale de dimensiuni mici, sectele au fost studiate în decursul timpului de diverși sociologi și psihologi de marcă. Religia a reprezentat de cele mai multe ori un liant al vieții sociale, un instrument spiritual și instituțional al creșterii coeziunii sociale și al mobilizării resurselor în vederea unei mai bune adaptări la mediul schimbat. “Totuși, se impune semnalat faptul că uneori diferențele dintre opțiunile religioase pot să accentueze tensiunile și conflictele din interiorul unei comunități. Deși în ultimii ani au fost realizate o serie de studii cu privire la starea de religiozitate și de revigorare a unor mișcări religioase, necesitatea continuării demersurilor pentru cunoașterea complexă a fenomenului reprezentat de secte este, deopotrivă, utilă și benefică pentru asigurarea unei funcționalități sociale în condiții de normalitate”, spune sociologul Trăilă Cernescu. "Sectantismul religios constituie astăzi unul dintre cele mai interesante fenomene psiho-sociale, cu numeroase implicații în viața unor comunități umane. Deși, în ultimul secol, știința și tehnica au progresat într-un ritm exponențial și multe întrebări ale omului au căpătat răspunsuri, au fost elucidate o serie de fenomene pe care omul le pune pe seama unor forțe supranaturale (zei, demoni etc), omul modern totuși, păstrează unele reminiscențe mistice de care profită anumite persoane și grupuri, cultivând sentimente de înfricoșare în rândul acestora. Aceste sentimente de înfricoșare pot provoca la nivelul individului fenomene de inadaptare, completate cu un regres al gândirii și afectivității, o accentuare nefastă a negativismului, a disperării, caracteristici ce sunt cultivate și amplificate prin apariția și proliferarea acestor grupări constituite pe criterii mistico-religioase. Sectele au apărut încă din Evul mediu, când anumite grupuri de credincioși, de regulă, sub

conducerea unui lider, se desprindeau de biserica mamă, formând un nou grup religios cu o nouă ideologie și o nouă doctrină, oarecum diferită de doctrina bisericii tradiționale. Aceste dizidente erau susținute câteodată de țările vecine care doreau astfel să creeze o destabilizare în sânul bisericii respective pentru a putea slăbi puterea acelui stat. Grupurile nou create fie s-au desființat la puțin timp după apariție, fie s-au unit cu alte astfel de grupări formând un grup nou. Unele au continuat să existe și să se dezvolte. Alte secte s-au înființat prin readucerea în actualitate a unor vechi credințe și ritualuri. Încă de la începuturi, prin sectă s-a înțeles rezultatul separației unei minorități dintr-o colectivitate religioasă mai mare, care s-a extins foarte mult, dar care nu avea trăsăturile unui cult sau ale unei biserici tradiționale și era denumită „sectă” chiar de biserica din care s-a desprins, tocmai pentru a o pune într-o situație de inferioritate. Definiții ale noțiunii de sectă au fost date de mulți cercetători ai fenomenului religios însă ele diferă mai mult sub aspectul formei decât cel al conținutului. Se poate spune totuși că sectele reprezintă comunități religioase formate prin separarea de alte grupări religioase (de regulă, față de o biserică), față de care se află în opoziție doctrinară sau de moralitate practică și care cuprinde persoane din diverse clase și pături sociale, fără limite teritoriale, reunite în organizații proprii. În societatea modernă, temele discursurilor sectelor au devenit destul de apropiate. Unele anunță sfârșitul iminent al lumii acesteia, urmat de o mie de ani fericiți pe pământ, oferă accesul în arca salvării la apropierea catastrofei apocaliptice, altele afirmă că revin la lectura autentică a Bibliei și la vârsta de aur a creștinismului; toate dau asigurări că dețin „ADEVĂRUL”. Alte secte afirmă că sunt în măsură să facă posibilă vindecarea oricărui bolnav, chiar incurabil, ba chiar să instaureze pacea și fraternitatea universală. Unele invită la explorarea căilor vieții interioare, prin metode importate din Orient care ar putea să determine atingerea stării de seninătate. Încearcă să pătrundă în toate mediile sociale și profesionale și caută în mod deosebit să acapareze tinerii. Interferând elemente de credință mistică cu aspecte având conotații profane, asociațiile religioase doresc să atragă cât mai mulți adepți prin forța convingerilor, prin sinceritatea entuziasmului sau prin simplitatea doctrinelor. Anumite grupuri se adresează, în special, tinerilor, iar mulți dintre aderenți plătesc prețul unei depersonalizări, ba chiar al unui regres și al unei rupturi cu familia, studiile, profesiunea, cu societatea în general. În România, din analiza și studiul datelor existente până în prezent rezultă că activitatea de constituire a unor secte sau grupări religioase cu preocupări anarhice se află într-un stadiu înapoiat, dar prezintă tendințe de extindere, datorate unei intense activități de prozelitism practică de lideri și de o parte din membrii, beneficiind și de un important sprijin, cu precădere material, din afara teritoriului țării. Se profită, în special, de unele neclarități și ambiguități de ordin legislativ și, sub denumirea standard de secte, acestea propovăduiesc pe teritoriul României forme de religii și incită la nerecunoașterea instituțiilor statului, a bisericilor și cultelor tradiționale, a familiei. Ele pot genera grave perturbări și dezechilibre în societate prin inducerea unei degenerări morale, psihice sau chiar fizice membrilor săi. În spatele acestor secte se pot ascunde diferite oficii de spionaj, activități ilicite care pot avea legături cu crima organizată și, de asemenea, prin fanatismul membrilor săi pot constitui o importantă masă de manevră a cărei manipulare se află în mâinile conducătorului. Datorită ideilor și practicilor nocive și antisociale pe care le propagă, a atitudinii de negare a valorilor naționale pe care le adoptă în întreaga lor activitate, multe secte sunt interzise în țările în care au pătruns. Măsura interzicerii și izolării lor a fost luată de multe ori cu oarecare întârziere, nerecunoscându-se de la început adevăratele lor fețe, întârziere ce a fost în unele cazuri de-a dreptul fatală.

2. Mecanismul constituirii grupărilor mistico-religioase

În ceea ce privește mecanismul de constituire a unor grupări de natură mistico-religioasă trebuie să se aibă în vedere și să se facă distincția între apariția propriu-zisă a unei astfel de grupări și înființarea într-un anumit loc a unei filiale subordonată unui centru. Prima variantă, aceea a apariției unui grup religios nou, apare mai rar în practică, mai ales în România. De obicei, această grupare se creează prin desprinderea din altă sectă sau chiar cult a unui grup de „credincioși” care pun baze doctrinare noi. Noua ideologie se bazează pe interpretări diferite ale Bibliei sau ale anumitor părți ale acesteia. Tot aici mai întâlnim anumite persoane care peste noapte au fost înzestrate cu „har divin” și ajutați de mijloace financiare proprii, capacitate de convingere foarte mare, pun bazele unei grupări mistico-religioase. De obicei, aceștia suferă de boli psihice. Astfel de grupuri sectante mai pot fi înființate prin reînvierea unor vechi credințe, culte, rituri, ritualuri etc. Aceste grupuri se caracterizează printr-un mic număr de membri și ființează, de obicei, până când liderul dispare sau până când, din lipsa mijloacelor financiare, grupul se dizolvă. Foarte rar, ele continuă să existe și să se dezvolte pe o perioadă mai mare de timp. Referitor la cea de-a doua variantă, și anume înființarea de filiale, putem spune că această activitate se realizează și este sprijinită de un centru prin diferite mijloace, de obicei, financiare. Și aici, există două situații care pot fi considerate faze ale extinderii unei secte. Prima presupune aducerea pe teritoriul României a unei credințe și înființarea unui „centru”. Secta care vrea să pătrundă astfel studiază țara unde urmează să-și desfășoare activitatea de racolare a membrilor. Din acest studiu, deosebit de profund de altfel, cei din cadrul sectei, care se ocupă cu acest lucru trag unele concluzii cu privire la posibilitatea de penetrare religioasă și legislația țării respective pentru a vedea dacă e profitabilă o „investiție spirituală”. Se mai iau în calcul: situația economică, poziția geografică, starea de spirit a populației, eventuale orașe unde s-ar putea instala grupurile ce urmează să realizeze racolarea etc. După această complexă analiză se hotărăște modul cum se va acționa. De obicei, sunt trimiși „frați” și „surori” care sunt sau au fost cetățeni ai țării respective și care, astfel îi cunosc specificul tradițional. Ajunși aici, ei achiziționează terenuri și încearcă să construiască un sediu și să înființeze o asociație sau fundație sub numele căreia să-și desfășoare activitățile de prozelitism. După venirea în țară, ei cumpără terenuri și obțin o autorizație sau un aviz de funcționare de la o judecătorie, în baza cărora înființează o societate sau o fundație de ajutoare. Un anumit timp aceste persoane nu fac altceva decât să cunoască populația, să împartă diferite ajutoare, în special în căminele de copii, să se introducă în cercurile unde urmează să-și desfășoare activitatea de prozelitism. Încearcă să pătrundă chiar în mass-media și să își facă publice intențiile umanitare. După această perioadă de așteptare și căutare, secta își începe activitatea propriu-zisă de prozelitism, căutând să atragă cât mai mulți adepți, prezentând doar o fațetă frumoasă a sectei și insistând pe acordarea de ajutor financiar, în special celor tineri, studenți care nu au posibilitatea de a-și asigura un spațiu de cazare. Mai sunt promise vize în străinătate pentru aderenți, precum și alte facilități. Odată încheiat acest centru, activitatea de atragere de noi membri continuă și în alte localități (învecinate de obicei) și astfel se conturează cealaltă fază de extindere și dezvoltare a unei secte. În teritoriu, lucrurile sunt mai simple deoarece deja în activitatea de prozelitism predomină cetățenii români care cunosc foarte bine zona unde urmează să acționeze. Mecanismul este același: se cumpără terenuri pentru construirea de lăcașuri destinate întâlnirilor membrilor, care astfel să-i „unească” în credință. Sprijinul financiar venit din afara țării continuă să existe, dar se cons tată și o

pondere oarecum însemnată a mijloacelor materiale de proveniență autohtonă (sponsorizări, cotizații ale noilor membri, diferite investiții etc). De asemenea, încearcă să pătrundă în administrația locală prin recrutarea de persoane care lucrează aici. Prin acest lucru ei pot obține anumite facilități legate de desfășurarea activității religioase în localitățile respective (obținerea de spații, terenuri), dar și pentru a putea fi protejați de eventuale neplăceri generate, de obicei, de reacția corpului social sau de reacțiile de respingere venite din partea bisericilor locale. După stabilirea filialei locale se începe activitatea de prozelitism, apelându-se când e cazul la mass-media locală. Practic, prin activitatea de prozelitism poate fi atrasă în rândurile membrilor sectelor și grupărilor religioase anarhice orice persoană indiferent de gradul de cultură, inteligență, pregătire și condiție socială, motivul pentru care aceștia aderă variind în funcție de aceste elemente, la care li se mai adaugă temperamentul, starea de sănătate, relațiile cu societatea, vârstă etc. În funcție de particularitățile enumerate mai sus, sectele își vor alege strategia de racolare pentru fiecare. Astfel, pentru persoanele cu o pregătire deosebită vor fi folosite metode care constau în acordarea de ajutor material. Bolnavilor, chiar incurabili, li se vor promite tratamente izvorâte din credința oarbă în anumite practici și ritualuri mistice. Celor care au fost dezamăgiți în anumite privințe de societate li se promite participarea la o rebeliune împotriva acesteia prin credință. Aceste persoane găsesc în sectă un refugiu, un loc în care să se ascundă de societate și de toate racilele ei. Aceștia au în cele mai multe cazuri crize de personalitate care sunt și mai mult agravate în cadrul sectei. Sectele se orientează, în special, asupra persoanelor care pot aduce grupului venituri importante, necesare susținerii activității. Persoanele ce dețin anumite funcții în administrația publică vor face obiectul racolării multora dintre grupările religioase. De asemenea, se încearcă atragerea cât mai multor intelectuali, oameni cunoscuți cu o bună reputație în societate, tocmai pentru a avea credibilitate. Oamenii politici nu fac nici ei excepție în acest sens. Totuși, trebuie remarcată o predispoziție pentru atragerea tinerilor, mai ales a celor care deja au împlinit 18 ani. De asemenea, sectele vădesc un real interes pentru acele categorii profesionale care au tangențe cu educația tinerilor. Astfel, se încearcă atragerea profesorilor, educatorilor, învățătorilor, tocmai pentru ca după racolarea în sectă, aceștia să ducă o campanie eficientă de prozelitism în rândurile copiilor și tinerilor cu care intră în contact și asupra cărora exercită o influență deosebită.

3. Tinerii - categoria cea mai expusă

O trăsătură generală ce caracterizează activitatea oricărei secte sau asociații religioase este interesul permanent și susținut pentru racolarea și convertirea tinerilor și chiar a minorilor. Acest interes nu e întâmplător, deoarece cea mai vulnerabilă categorie o constituie adolescenții și tinerii care se află în plin act de „educare morală”. Până la adolescență, viața morală nu reprezintă decât supunerea la regulile fixate de adult. Începând cu această perioadă, moralei instituite de adult îi ia locul o morală a „idealului”, a valorilor care determină aprecierea propriei conduite și a conduitei celorlalți din perspectiva exaltării față de tot ce e adecvat și bun din punct de vedere moral. Deseori, activitatea adolescentului, limbajul, comportamentul, raporturile cu adulții și cu anturajul contrazic valorile moralei ideale cu care adolescentul încearcă să-și structureze propriul său univers normativ, iar din acest punct de vedere nu trebuie ignorat faptul că dobândirea capacității de autonomie morală poate fi însoțită și de o serie de acte care frizează „imoralitatea”, așa cum este ea înțeleasă de către adult. Printre ele se numără și violența

fizică, agresivitatea limbajului, nonconformismul în ținută, indisciplina, evaziunea din mediul familial și școlar, fumatul, consumul de alcool, droguri, uneori acestea fiind determinate de antrenarea adolescentului în activitatea unei secte. Asemenea acte nu reprezintă totdeauna fapte penale în adevăratul înțeles al termenului, prin încălcarea legilor în vigoare, ci conduite care violează normele și regulile de conviețuire morală, având în comun faptul că, reprezintă o ruptură cu mediul de viață obișnuit. Tulburările pubertale, specifice acestei vârste, reprezintă un teren fertil, pe care, nu de puține ori, ideile și preceptele „însămânțate” de diverși „predicatori” prind rădăcini puternice. Printre tinerii cei mai expuși, se numără elevii care dovedesc un slab comportament la învățătură, sunt indisciplinați, manifestă atitudine negativă față de școală, cadre didactice, părinți și colegi, nu participă decât sporadic la activitățile organizate ale grupului educativ, își petrec timpul liber în mod necorespunzător sau manifestă înclinații către misticism, magie neagră, izolare, fenomene parapsihologice. Acestea trebuie să fie tot atâtea criterii folosite de lucrătorii de poliție pentru identificarea și supravegherea tinerilor stabiliți că ar fi susceptibili să devină membri ai unei secte. Nici una dintre manifestările descrise mai sus nu trebuie înscrisă în mod obligatoriu într-un registru patologic sau penal, deoarece numai în anumite condiții ulterioare înscrierii într-o sectă, ele pot fi indicii simptomatice ale unei eventuale „carriere delincvente”. Din acest motiv, ar fi mai recomandată caracterizarea lor ca manifestări predelincente, dar numai în condițiile în care se poate aprecia, ceea ce nu e în general valabil pentru toate cazurile, deoarece există o trecere treptată și previzibilă de la conduita deviantă la una infracțională, bine structurată. Aici intervine necesitatea implicării unităților de poliție pe linia prevenirii și combaterii delincvenței juvenile și supravegherea tinerilor cu manifestări predelincente. Pentru realizarea acestui deziderat s-au reluat, la nivel central și teritorial, legăturile cu organismele ce au responsabilități pe linia aceasta, stabilite prin lege, respectiv cu Autoritatea Națională pentru Protecția Copilului și Adopție, Ministerul Muncii și Solidarității Sociale și Comitetul Român pentru Adopții. Una dintre principalele cauze ale recrudescenței delincvenței juvenile în societatea actuală, o constituie creșterea de la o perioadă la alta a numărului minorilor fără ocupație, corelată cu scăderea accentuată a eficienței educației și supravegherii din partea factorilor responsabili, precum și cu posibilitățile reduse ale sistemului de asigurare socială existent. Subculturii adolescentine îi este specific un alt câmp valoric și normativ decât cel al adulților, iar orice confuzie între manifestările asociate acestei subculturi și actele delincvente riscă să-i transforme pe tinerii care-și afirmă dreptul la identitate accentuată atunci când adolescenții se hotărăsc să adopte sistemul valoric al unei secte care, după cum s-a văzut, în majoritatea cazurilor, neagă valorile moral-creștine tradiționale. Referindu-se la excesele și valorile care caracterizează subcultura adolescentină, M. Debesse sublinia că, adeseori, ele intersectează universul infracționalității sau perimetrul patologic, de unde și prezența unei ambiguități în definirea clară a sensului moralității ce caracterizează această perioadă de vârstă: „de la zăpăciții anilor 40, până la golanii care se erijează în creatori ai violenței, trecând prin faza de hippies cu chitară, huligani, adoratori ai cântăreților de succes, drogați abrutizați sau deliranți, ecologi neofiți, contestatari înverșunați, motocicliști zgomotoși, inși de la periferia ambelor sexe, ființe filiforme în blugi și zdrențăroși, se amestecă în vântul schimbător al modei, unde este greu să deosebești admirațiile simpatice, extravagante trecătoare, superficiale, de inadaptrile profunde, chiar incurabile”. Iată de ce poliștii, utilizând toată gama de metode și mijloace specifice muncii lor, precum și punând în valoare flerul dat de experiență sunt chemați să facă distincția între adolescenții

cu comportament extravagant și adevărații delincvenți, urmând ca aceștia din urmă să facă obiectul unei supravegheri speciale. Finalitatea acestor activități trebuie să o constituie în primul rând, prevenirea săvârșirii de fapte antisociale și în al doilea rând, tragerea la răspundere a celor ce încalcă actele normative în vigoare.

4. Răspunderea și moralitatea tinerilor care devin adepți ai unor grupări mistico-religioase

Una dintre cele mai importante categorii juridice cu care operează dreptul penal este responsabilitatea. Aceasta exprimă un act de angajare a individului în procesul interacțiunii sociale, prin asumarea consecințelor față de rezultatul faptelor sale. Spre deosebire de această noțiune, cea de răspundere ne indică o obligație impusă din afară, individul percepend și resimțind normele ca reguli obligatorii impuse din exterior. În felul acesta, sensul juridic al termenului este privit numai din perspectiva încălcării, nu și a respectării normei, răspunderea intervenind post-factum, ca un factor ce acționează pe terenul răului deja făcut, ca urmare a nerespectării prescripțiilor normativului penal. Fenomenul delincvenței juvenile implică o evaluare nuanțată a criteriilor care disting moralitatea adolescentului de moralitatea adultului, cu atât mai mult cu cât, într-o serie de legislații din societatea contemporană, sunt considerați delincvenți și judecați ca atare acei adolescenți care comit delikte pentru care adulții nu sunt incriminați, în timp ce în alte legislații nu pot fi considerate delikte acele fapte săvârșite de adolescenți pe care, dacă le-ar comite adulții ar fi sancționați. Codul penal utilizează drept criteriu de stabilire a răspunderii penale vârsta și existența sau inexistența discernământului, astfel că, prin art. 99, sunt stabilite trei categorii de minori:

a) mai mic de 14 ani, care nu răspunde penal;

b) între 14 și 16 ani, care răspund, doar dacă se dovedește că au avut discernământ în momentul săvârșirii faptei;

c) mai mari de 16 ani, care răspund din punct de vedere penal. Delincvența „oficială” nu corespunde nici pe departe cu totalitatea manifestărilor reale de delincvență săvârșite în cadrul unei societăți. Ea nu reprezintă un fenomen omogen, ci cuprinde etologii, motivații și conduite extrem de diverse, acte ocazionale sau extrem de întâmplătoare, tendințe non-conformiste dictate de normele subculturii adolescente.

Un asemenea fenomen reprezintă, în plan conceptual, nu atât o realitate juridică, cât una axiologică, definindu-se, mai puțin prin ceea ce reprezintă în sine, cât mai ales prin reacțiile pe care le provoacă în legătură cu afectarea unor valori ocrotite de legile și codurile morale nescrise.

Dacă pătrundem în intimitatea dosarelor penale ce privesc pe adolescenți se poate observa că cele mai multe acte deviante comise de aceștia au ca origine tendința de evaziune dintr-un mediu familial dezorganizat, lipsit de resursele afective sau morale și caracterizat de un stil de educație carentat, păcătuiind fie prin excese sancționatorii, fie prin indiferența totală manifestată față de problemele de viață ale tânărului. De aici orientarea tânărului către un anturaj nefast, care îi oferă sentimentul eliberării și dobândirea identității pierdute în familie. Cu atât mai atrăgătoare devin sectele care promit o viață fericită și atingerea unor culmi spirituale, singura condiție impusă fiind renunțarea la identitatea proprie, renunțare ușurată de faptul că tânărul este în proces de formare a personalității, fiind ușor influențabil. Aderarea la o fundație religioasă sau sectă nu mai apare în acest sens ca delict sau ca o conduită aberantă ce trebuie sancționată, ci ca un fel de „aventură de

eliberare", ca o soluție de evadare dintr-un mediu perceput ca ostil, percepție influențată și de inducerea unor idei asemănătoare cu ocazia „predicilor” ținute de misionari. Consecința acestei „soluții” constă în evadarea tânărului într-un „univers” și mai lipsit de valențe morale ce prevede depersonalizarea sa totală.

5. Grupări sinucigașe și secte satanice, de la război rece la crime "sacre"

Fenomenul apariției sectelor, generalizat la nivel internațional, este invers proporțional cu dinamica religiilor recunoscute și pus în evidență de sondaje ce evaluează audiența marilor religii tradiționale în rîndul publicului occidental. Aceste structuri religioase care au, mai nou, succes și în România, promovează, de fapt, un amestec de creștinism, budism și chiar practici samaniste ca „odihna în Duhul” (similara transei mistice) sau „beția cu Duh Sfânt” (accese de ris necontrolate). „Respectivele structuri sectare propaga dogme subversive: din punctul lor de vedere, statului, națiunii, guvernului și instituțiilor sale le-ar corespunde „o forta malefica”, constituind „o ierarhie satanică”, pe care adeptii trebuie să o combata prin vorba și fapta. Sectele de acest fel dezvoltate pe substraturi doctrinare necrestine nu sînt mai puțin periculoase: Atentatul comis de adeptii sectei „AUM” în 1995, la metroul din Tokyo, sau sinuciderea în grup a membrilor grupării californiene „Heaven’s Gates” sînt dovezi ale acestui lucru”, se arată în raportul SRI. Dacă Dumnezeu a fost izolat, negat, mistificat și apoi dat mortii de către unii „teologali”; dacă Hristos a fost înlocuit și substituit cu „noi mesia”, dacă ingerii s-au intrupat în frați și fecioare; dacă Maica Domnului s-a „reincarnat” în noua Eva, iar sfinții pamanteni au reaparut, cine a mai rămas” neidentificat” din lumea de dincolo? SATANA CU INTREAGA SA IERARHIE! Și iată că forțele întinericului au început să iasă la lumină soarelui, dar mai ales a lunii: LEVIATAN, BELZEBUL, SATANA, LUCIFER, „legiuni” de ingeri negri apar într-o lume prea religioasă, o lume interlopa, o lume plină de curiozități și avidă de senzații. Forta raului a îmbrăcat hlamida cavalerilor tunetului care nu-și încrucisază sabiile sau pistoalele pentru presupusa onoare sau jignire, ci sînt organizați în bande și gangsteri, încât oamenii cinstiți nu știu unde să mai reclame sau ce „lepadari” să mai citească. Astăzi, ca niciodată, exorcismele și alungarea diavolului sînt utilizate, dar nu în Biserica lui Hristos pentru „îmbracarea omului nou”, ci în cercuri ale organizațiilor teroriste, fasciste și revansarde care au pretenția că pot instaura „pacea sufletească” prin genocid. Dacă la comunitățile „mesianice” crima era premeditată și „pacientul” supus unor socuri psihice, organizațiile teroriste religioase n-au nici regulamente, nici legi, nici morală, ci diviza: „Cine nu este cu noi este împotriva noastră”, este dușman și deci trebuie să dispară!...

Grupurile revansarde sau comunitățile religioase demonice ataca tot ceea ce este nobil: cîntecul, dreptatea, adevărul, sfîntenia, semănînd groază și neliniște. Fiara apocaliptică nu mai este simbolul 666, ci zvastica, cornul ei este fascismul, bolșevismul, totalitarismul sub toate nuanțele. Crucea nu mai este semnul rîscumparării, ci un altar pentru „multumire” ca au fost ucisi negrii sau mulatrii, aparatorii unor drepturi ale omului sau unor predicatori ai egalității. Dealurile și preeriile prin care zburdau odinioară miei, ciurde, manji ai Alabamei au rămas pustii, și la rascrucea nopții apare „focul sacru”, mistuind o uriasă cruce și luminînd costumele conice pe care se vede scris KKK!, După o „inflacărăta” predică pentru „dreptatea” celor avuți. O întreaga rețea de informații sînt puse în serviciul nihilismului. Cele mai moderne mijloace audio-vizuale sînt cooptate de acești „portari ai iadului”. Unii cercetători arată că numărul de crime- afară de pruncucidere- bărbați și femei, savarsite de acești monștri fanatici depășește victimele primului război mondial. Alt

semnal de alarma! Si mai grav, organizatiile religioase teroriste au o retea internationala si ataca, in numele raului" sub diferite firme: Biserica verde, brigazi rosii, leul albastru, Razboinicii regelui Hristos etc. sau simple numiri, avand acelasi scop: panica , distrugerea, disperarea. Curios, dar adevarat, multe organizatii ucigase, sinucigase sau demonice isi iau numele de "biserica" pentru a putea castiga tineri si a inlatura privirile legiuitorului, si mai mult isi insusesc titlaturi bizare. Se stie ca tulburarile sociale ale lumii secolului nostru au si cauze religioase, fie ca acestea se afla in Orient, in zonele fierbinti, reprezentate de ideologii (Hamas, Hezbolah, Mossad), fie ca se afla pe Continentul american (KKK), fie mai ales in Europa (Irlanda, fosta Iugoslavie, Albania,Spania,Italia) toate au ambitii confensionale sau religioase. Mai mult, sunt sustinute majoritatea, daca nu toate, de ideologii si partide politice externe, de interventii ale unor state puternice in asa-zisele "drepturi" ale omului sau al " arbitrajului" mondial. Aceste grupari sunt formate din mercenari, din fosti incarcerati, din adepti in dese cazuri irecuperabili pentru viata si societate. Nu-i nici un secret, un numar important de lideri "religiosi" sunt fosti condamnati sau urmariti de justitia mondiala. Ei isi regasesc refugiu si acoperirea in secte violente, revansarde, santajiste...

Ku Klux Klan(KKK); o data cu abolirea sclaviei, cu asigurarea drepturilor firesti ale omului, inclusiv si respectarea lor internationala(10 Decembrie 1948), se parea ca a disparut si patima sangelui sau uciderea. Aceasta a luat insa alta forma prin atacuri organizate, prin rapiri si santaje. Asemenea organizatii sunt nenumarate, dar cea mai ingrozitoare este KKK din S.U.A. Din aceasta grupare religios-rasiala fac parte atat "credinciosii", cat si " slujitori" ai unor denominatiuni, confesiuni si Biserici crestine. Scopul ei este uciderea, iar cultul arderea crucii, ca ceea ca a adus in lume " iluzia" jertfei rascumpararii si dreptatii. Organizatia KKK are ramnifictii pe tot continentul american, in fruntea ei aflandu-se Vrajitorul imperial si are sediul, din 1928 la Memphis. Dupa 1981, cavalerii ucigasi cu gluga si-au extins imperiul invizibil al KKK cu un program precis:" O data pe luna pe colinele situate in nordul orasului Alabama, un grup de barbati si femei purtand costume de sac si arme automate se antreneaza pentru lupta. Care lupta? Aceea pentru pretentia supravietuirii populatiei albe. Inamicul: negrii, crestinii sau musulmanii si indienii "pagani". Combatantii membri ai KKK provin din diferitele grupari religioase pagane insusite de aceasta organizatie rasista. Tabăra de antrenament poartă denumirea de My Lai, in amintirea satului vietnamez a carui populatie a fost masacrata de militarii americani. La fiecare trei luni, locul de antrenament se schimba pentru a evita urmarirea lui de catre autoritati.In timpul audierilor din Congresul american consacrate activitatii grupurilor care propaga violenta, reprezentantul statului Michigan, John Conyers, a relevat ca tabere similare exista in cel putin alte cinci state: California, Conecticut, Ilinois, Carolina de Nord, Texas. Liderul KKK, aceasta recrudescenta a grupurilor paramilitare se datoreaza unui vechi specialist in marina S.U.A., Bill Walkinson, care in 1975 s-a despartit de KKK si a creat propia sa organizatie aceea a Imperiului Indiviyibil, o disidenta a KKK. Tinuta traditionala consta in roba rosie si boneta ascutita . Pe langa gluga cunoscuta in ultima vreme organizatiile religioase violente de factura KKK au adoptat noi semne:zvastica, leul, vulturul, sacalul.

INFLUENȚE ALE PROCESULUI DE LA BOLOGNA ASUPRA PREGĂTIRII DE BAZĂ A POLIȚIȘTILOR DE FRONTIERĂ

Conf. univ. dr. POPESCU CRISTIAN FLORIN

Asist. univ. drd. VASILE SERGIU ADRIAN

Academia de poliție „Alexandru Ioan Cuza”

Abstract: The police culture implies a special set of values and attitudes which the policemen acquire in their work. It has specific characteristics in each country, especially because it is influenced by the general social culture. How could we create a European police culture, where would we have to start? There is a field considered to be the “cradle” of the European police culture - police training and education. Common training standards are a necessary prerequisite for practical cooperation between officers of national border services in their everyday work. The introduction of common training standards and the creation of a core curriculum are a necessary prerequisite for international border police cooperation. Without such a common denominator, it would be hard to remove the obstacles to successful police cooperation.

Rezumat: Cultura meseriei de polițist presupune un set de valori și aptitudini speciale pe care polițiștii le dobândesc în activitatea lor. Aceasta are caracteristici specifice în fiecare țară, în special pentru că este influențată de cultura socială. Cum am putea crea o cultură europeană de poliție, de unde ar trebui să începem? Există un domeniu considerat a fi „leagănul” culturii poliției europene – formarea și pregătirea polițiștilor. Standardelor comune de formare sunt o condiție necesară pentru o cooperare practică între ofițerii din serviciilor naționale de frontieră în activitatea lor de zi cu zi. Introducerea standardelor comune de formare și crearea unui Curriculum de bază sunt o condiție necesară pentru cooperarea internațională a polițiștilor de frontieră. Fără un astfel de numitor comun, ar fi greu de eliminat obstacolele din calea unei cooperări de succes.

Cuvintele cheie: *pregătire vocațională, polițist de frontieră, acquis relevant, pregătire comună, management integrat, profesionalism, Frontex, taxonomia lui Bloom, securitate, cooperare, Curriculum Comun, educație, competențe profesionale, procesul de la Bologna.*

Extinderea Uniunii Europene aduce noi provocări, oportunități și cerințe în domeniul *Educației și Pregătirii vocaționale*¹ (VET). Dezvoltarea unui sistem de educație și pregătire vocațională de înaltă calitate este esențială și impune introducerea instrumentelor care să asigure transparența diplomelor și calificărilor, inclusiv promovarea acțiunilor similare procesului de la Bologna, dar adaptate domeniului VET.

Conform *Declarației de la Copenhaga*² strategiile pentru mobilitate și pregătire continuă sunt esențiale pentru promovarea angajării, a spiritului activ de cetățean, a

¹ Abr.eng. VET - Vocational Education and Training

² Declarația miniștrilor europeni ai educației și a **Comisiei Europene** convenită la Copenhaga pe 29 și 30 noiembrie 2002, asupra cooperării europene extinse în domeniul educației și instruirii vocaționale. Vezi și http://ec.europa.eu_education/copenhagen/index_en.html și prioritățile identificate în Rezoluția asupra promovării cooperării europene extinse în domeniul pregătirii și

integrării sociale și a dezvoltării personale. Următoarele priorități¹ ale *Declarației de la Copenhaga* reprezintă provocări pentru pregătirea de bază a polițiștilor de frontieră. Soluția o reprezintă implementarea unui *Curriculum comun de pregătire* și luarea în considerare a naturii activităților specifice.

Prioritățile *Declarației de la Copenhaga* sunt după cum urmează:

1. Accentuarea dimensiunii europene în pregătirea și educația vocațională, cu scopul de a îmbunătăți cooperarea strânsă în vederea facilitării și promovării mobilității și dezvoltării cooperării interinstituționale, a parteneriatelor și a altor inițiative transnaționale, toate pentru a ridica profilul educației și pregătirii europene în context internațional astfel încât Europa să fie recunoscută ca referință mondială pentru cei care doresc să învețe.

2. Creșterea nivelului de transparență în educația și pregătirea vocațională prin implementarea și raționalizarea instrumentelor și rețelelor de informații, inclusiv prin integrarea instrumentelor existente cum ar fi *CV-ul european*, *anexele de diplomă*, *certificatul Cadrul european comun pentru limbi* și **EUROPASS** într-un singur cadru.

3. Consolidarea politicilor, sistemelor și practicilor care sprijină obținerea informațiilor, orientarea și consilierea în cadrul statelor membre, la toate nivelele de educare pregătire și angajare, în special în chestiuni ce țin de accesul la învățare, educația și pregătirea vocațională, transferabilitatea și recunoașterea competențelor și calificărilor, pentru a sprijini mobilitatea profesională și geografică a cetățenilor din Europa.

4. Investigarea modului în care transparența, comparabilitatea, transferabilitatea și recunoașterea competențelor și/ sau calificărilor, între diverse țări și la diferite nivele ar putea fi promovate prin crearea unor nivele de referință, principii comune pentru certificare, și măsuri comune, inclusiv un sistem de transfer de credite pentru educația și pregătirea vocațională, care ar putea fi compatibil cu **Sistemul European de Transfer al Creditelor**².

5. Intensificarea sprijinului pentru dezvoltarea competențelor și calificărilor la nivel sectorial, prin intensificarea cooperării și coordonării, în special prin implicarea partenerilor sociali. Câteva inițiative comunitare, bilaterale și multilaterale, inclusiv cele deja identificate în diferite sectoare, ce au ca scop stabilirea standardelor comune privind calificările, ilustrează această abordare.

6. Crearea unui set de principii comune cu privire la validarea învățării neoficiale și informale, în scopul asigurării unei compatibilități mai mari între abordările diverselor țări, la nivele diferite.

7. Promovarea cooperării în domeniul asigurării calității, cu accent deosebit pe schimbul de modele și metode, precum și criterii și principii comune pentru asigurarea calității educației și pregătirii naționale.

educației vocaționale aprobate de **Consiliul Uniunii Europene** (*Educație, Tineret și Cultură*) pe 12 noiembrie 2002.

¹ Prioritățile identificate în *Rezoluția asupra pregătirii continue* adoptate de **Consiliul Uniunii Europene** (*Educație și Tineret*) pe 27 iunie 2002.

² Pentru a crea premisele dezvoltării unui învățământ superior centrat pe student și a promova mobilitatea studenților în spiritul **procesului Bologna** de creare a *Spațiului Învățământului Superior European*, odată cu reorganizarea studiilor universitare pe trei cicluri succesive (licență, masterat, doctorat), Ordinul Ministrului Educației, Cercetării și Inovării nr. 3617/2005 a stabilit generalizarea aplicării **Sistemului European de Credite Transferabile (European Credit Transfer System - ECTS)** în toate instituțiile de învățământ superior din România.

8. Acordarea unei atenții speciale nevoilor de învățare ale profesorilor și *trainer*-ilor în cadrul tuturor formelor de educație și pregătire vocațională.

Pe baza acestor priorități, a fost stabilit și scopul: crearea unei viziuni comune privind educația și pregătirea vocațională în Europa, dar și intensificarea cooperării voluntare în **VET**.

În 1999, 29 de miniștri europeni responsabili cu învățământul superior au semnat la **Bologna** declarația privind înființarea *Zonei Europene a Învățământului Superior* până în 2010 și promovarea *Sistemului European de învățământ superior* în lumea întreagă.¹ În Declarație, miniștrii și-au afirmat intenția de a:

1. adopta un sistem de evaluare ușor de înțeles și de comparat;
2. adopta un sistem cu două cicluri principale (cu diplomă/fără diplomă);
3. stabilirea unui sistem de credite (cum este și **ECTS**);
4. promova mobilitatea prin înlăturarea obstacolelor;
5. promova cooperarea europeană în domeniul asigurării calității;
6. promova dimensiunile europene în cadrul învățământului superior.

În cadrul întâlnirii de la Praga (2001), și de asemenea în cele de după ea, miniștrii responsabili cu învățământul superior din cele 33 de țări semnate și-au reafirmat angajamentul față de obiectivele **Declarației de la Bologna**. În cadrul întâlnirii de la Praga (2001) aceștia au pus accentul și pe pregătirea continuă, implicarea studenților și creșterea atractivității și competitivității *Zonei Europene de Învățământ Superior* pentru alte părți ale lumii (inclusiv pe aspectul educației transnaționale). Pentru moment, *procesul de la Bologna* ocupă un loc prioritar pe ordinea de zi la nivel național și instituțional în toate țările semnate.

Crearea primului *Curriculum Comun* pentru pregătirea polițiștilor de frontieră a fost inițiat pe baza deciziei Consiliului European, la Sevilla (iunie 2002) și a fost finalizat în vederea implementării în statele membre la data de 15 iunie 2004. Pe baza raportului sistemului de monitorizare, **Frontex**² nr. 8, din 12 ianuarie 2006, statele membre au recomandat actualizarea *Curriculum-ului Comun*. Procesul actualizării *Curriculum-ului Comun* a început la sfârșitul anului 2005.

În *Curriculum Comun* de pregătire a polițiștilor de frontieră întâlnim titulatura de **BG**³ dată “funcționarului public care lucrează într-un punct de trecere a frontierei terestre, aeriene sau maritime, sau pe frontiera externă terestră sau maritimă sau în imediata vecinătate a acesteia, care se bucură de prerogativele autorității publice necesare exercitării uneia sau mai multor atribuții: să efectueze verificări sau supravegherea la frontierele externe; să ia măsuri preventive sau de aplicare a legii, în funcție de necesități la frontierele externe, pentru a asigura conformitatea cu regulamentele comunitare, securitatea internă a zonei comune de liberă circulație, legea și ordinea sau siguranța națională; să efectueze investigații privind rezultatele verificărilor sau supravegherii la frontierele externe”.

¹ <http://www.bologna-berlin2003.de/en/ba3ic/haupt.htm>

² **Jurnalul Oficial al UE Legea 349/25.11.2004** P. 0001-0011 **Regulamentul CE nr.2007/26.10.2004, FRONTEX** - Agenția Europeană pentru Managementul Cooperării Operaționale la Frontierele Externe Statelor Membre Uniunii Europene, devenită operațională în octombrie 2005.

³ 10019/02 **FRONT** 58 COMIX 398

Codul Frontierelor Schengen¹ denumește BG ca fiind „funcționarul public desemnat, conform legislației naționale, să lucreze la un punct de trecere a frontierei sau pe frontieră sau în imediata vecinătate a acesteia, care îndeplinește, conform acestui Regulament și a legislației naționale, sarcini de control la frontieră”.

Conform **Strategiei Managementului Integrat al Frontierelor**², BG trebuie să fie capabil să lucreze sistematic și conform *acquis-ului relevant*, nu numai în baza instrumentelor valabile care nu sunt obligatorii („soft *acquis*”). Activitățile trebuie întotdeauna echilibrate și să respecte atât drepturile omului cât și siguranța. *Analiza de risc* și *profiling-ul* sunt unelte necesare pentru eficiența activităților, fiecare funcționar trebuind să-și actualizeze periodic cunoștințele referitoare la regulamentele în vigoare, cooperând frecvent cu colegii săi din alte state ale Uniunii Europene. Aceste activități de cooperare, cum ar fi operațiunile comune, implică proceduri armonizate și o înțelegere comună.

Fiecare tip de **punct de trecere de frontieră** (terestră, aeriană și maritimă) are propriile sale caracteristici. În primul rând, BG trebuie să fie capabil să lucreze în propriul domeniu și apoi, în al doilea rând, să poată coopera alte puncte de trecere. Este deosebit de important ca fiecare persoană care lucrează în punctele de trecere să fie capabilă să acceseze toate datele disponibile și să producă date proprii pentru o diseminare ulterioară. Un BG care ia parte la supravegherea *frontierei terestre* trebuie să fie capabil să-și îndeplinească sarcinile în mod sistematic și proporțional cu volumul traficului, pe baza analizei de risc. BG trebuie să poată folosi dotarea de bază pentru a detecta și intercepta persoanele care trec ilegal frontiera. Patrularea se realizează deseori pe teren accidentat și în condiții meteo nefavorabile. Un BG care participă la supravegherea *frontierei maritime* trebuie să fie capabil să lucreze în condiții speciale, unde este destul de greu să primească asistența externă. De aceea, atât competențele lor profesionale cât și cele de membri de echipă, sunt foarte importante.

Proiectul a fost împărțit la patru grupuri de lucru vizând: partea generală, modulul de *frontieră aeriană, terestră și maritimă*. În grupurile de lucru au fost 25 de participanți din 18 state membre. Rezultatele grupurilor de lucru au fost consultate de către universități - din punct de vedere pedagogic/educațional și de către unități Frontex și experți din statele membre, din punctul de vedere al Poliției de frontieră.

În contrast cu primul *Curriculum Comun* care s-a bazat pe numărul de lecții, descriptorii de competențe ai Curriculum-ului comun actualizat se bazează pe **taxonomia lui Bloom**³ în ceea ce privește obiectivele educaționale. Aceasta presupune folosirea în cadrul unui capitol a anumitor verbe pentru a exprima un nivel necesar de cunoștințe și deprinderi pentru o anumită temă sau anumite atitudini. Curriculum-ul comun actualizat oferă un standard comun pentru formarea inițială a polițiștilor de frontieră la nivel european. Conform recomandărilor din **Codul Frontierelor Schengen**, *Curriculum Comun* a fost actualizat cu standarde comune de pregătire fiind recomandat să fie implementat în Curriculum-ul național pentru formarea inițială a polițiștilor de frontieră.

¹ Regulamentul Parlamentului European și al Consiliului care stabilește un Cod Comunitar în privința regulilor care guvernează libera circulație a persoanelor peste frontieră (**Codul frontierelor Schengen**) PE-CONS 3643/2/05REV 2

² 13926/3/06 FRONT 207 COMIX 826 și 15628/06 FRONT 229 COMIX 982

³ **Bloom, B.S.** - Taxonomia obiectivelor operaționale. Clasificarea Obiectivelor Educaționale. Manualul I: Domeniul cognitiv, New York, Toronto: (Ed.) Longmans, Green (1956).

Curriculum-ul Comun actualizat este în conformitate cu obiectivele și prioritățile procesului de la Copenhaga și se concentrează asupra dezvoltării unei abordări integrate a politicilor de educație și pregătire la nivel european. *Curriculum-ul comun* acceptă provocările atunci când se trece de la o educație inițială a polițiștilor de frontieră la o pregătire pentru ofițeri de nivel mediu. După terminarea procesului educațional de bază, studenții sunt competenți să continue pregătirea într-o instituție de învățământ superior în baza procesului de la *Bologna*.

Implementarea *Curriculum-ului Comun* actualizat a fost monitorizată și evaluată încă din 2008 de *Frontex TRU* în cooperare cu statele membre și cu agențiile Uniunii Europene, precum și în cooperare cu universități și experți în educație. Consiliul European din 21-22 iunie 2002 de la Sevilla a decis elaborarea unui *Curriculum Comun* pentru pregătirea polițiștilor de frontieră (concluzia nr. 32)¹ pe baza *Planului pentru managementul frontierelor externe ale statelor membre ale Uniunii Europene*². Primul proiect a fost condus de Austria și Suedia. S-a stabilit și aprobat structura și cuprinsul. Raportul final asupra a fost adoptat la Bruxelles pe data de 8 mai 2003³. După înființarea **Centrului Ad Hoc** pentru pregătirea polițiștilor de frontieră (**ACT**) la 1 octombrie 2003, acesta a fost însărcinat de către Unitatea Comună să realizeze operaționalizarea și evaluarea *Curriculum-ului Comun*⁴.

Operaționalizarea curriculum-ului presupune stabilirea scopurilor educaționale sub forma unor obiective operaționale măsurabile și a fost finalizată și acceptată de toate statele membre și adițional de către Norvegia și Islanda la 15 iunie 2004⁵. Oficial, procesul de implementare națională a început pe 15 iunie 2004, deși, până la acea dată, multe state îndepliniseră deja cerințele. **ACT** a realizat studiul, "*Curriculum Comun – Sistem de monitorizare*"⁶, în strânsă cooperare cu statele membre (inclusiv Norvegia, Islanda și Elveția).

După publicarea raportului **Sistemului de Monitorizare ACT** a început, la sfârșitul lui 2005, procesul de actualizare sub patronajul Frontex. De la începutul lui 2006, acest proces a continuat ca proiect independent al Frontex⁷ în conformitate cu Capitolul II, articolele 2 și 5 din Regulamentul de instituire a Agenției Frontex⁸.

Prima întâlnire a liderilor grupului de lucru privind actualizarea Curriculum-ului Comun a fost organizată de Frontex la *Traiskirchen* - Austria, în mai 2006. În cadrul acesteia, participanții au întocmit un model de îndrumare a procesului de actualizare. După stabilirea acestui model, a fost organizată prima întâlnire cu toate grupurile de lucru, tot în Austria, în iulie 2006.

¹ Concluziile președinției; **Consiliul European de la Sevilla**; 21 - 22 iunie 2002;- p.11.

² *Planul pentru managementul frontierelor externe ale statelor membre ale Uniunii Europene*; **Consiliul Uniunii Europene**, Bruxelles, 14 iunie 2002; FRONT 58, COMIX 398; 10019/02; p 35.

³ *Raportul Curriculumului comun pentru instruirea BG*; **Consiliul Uniunii Europene**; Bruxelles, 8 Mai 2003; FRONT 38, COMIX 232; 8285/2/03, REV 2; 60.p

⁴ **Instruirea BG**; Bruxelles, 5 Noiembrie 2003; FRONT 121, COMIX 553; 12570/1/03, REV1, p 4.

⁵ *Curriculum comun pentru instruirea BG*; **Consiliul Uniunii Europene**; Bruxelles, 6 Septembrie 2004; FRONT 146, COMIX 510; 12006/04; 106.p

⁶ Frontex 1064/2006

⁷ Frontex 2006/TRU/4a – 4d

⁸ Regulamentul Consiliului (EC) Nr 2007/2004 din 26 octombrie 2004

După întâlnirea generală, toate grupurile de lucru au parcurs două sesiuni de lucru. De fiecare dată, concluziile acestor sesiuni de lucru au fost raportate la Frontex, care le-a înaintat *Institutului de cercetare pedagogică* (Finlanda) și *Universității Naționale de Apărare Miklos Zrinyi* (Ungaria). Rezultatele au fost analizate de *Institutul de cercetare pedagogică* din punct de vedere pedagogic și de *Universitatea Națională de Apărare Miklos Zrinyi* din punct de vedere practic. Comentariile universităților au fost raportate grupurilor de lucru.

În decembrie 2006, după introducerea amendamentelor naționale, toate statele membre (inclusiv Norvegia, Islanda și Elveția) au convenit asupra conținutului actualizat al curriculum-ului. Procesul de actualizare al curriculum-ului a continuat cu a 2-a etapă - operaționalizarea, în februarie 2007. Pentru această etapă au fost consultate: *Institutul de cercetare pedagogică* (Finlanda) și *Universitatea din Bologna* (Italia).

Operaționalizarea a fost efectuată în cadrul a patru grupuri de lucru și anume: grupul de lucru pentru partea generală, modulul pentru frontiera terestră, modulul pentru frontiera maritimă și cel pentru frontiera aeriană. Toate *Statele Membre* (plus Norvegia, Islanda și Elveția) au fost invitate să-și nominalizeze reprezentanți pentru oricare dintre grupurile de lucru. Grupurile de lucru au fost formate din 25 de participanți din 18 state membre. În plus, reprezentanți ai unor organizații ca: **IOM**¹, **UNHCR**² și **CPT**³ (*Proiectul pentru curriculumul european privind azilul*) au fost consultate pentru experiză, în special de către grupul de lucru pentru partea generală. Procesul de operaționalizare a continuat până în noiembrie 2007, când lucrarea actualizată a fost prezentată *Consiliului Director al Frontex* și *Comisiei Europene*.

Descrierile competențelor acestui *Curriculum Comun* au la bază, cum am amintit și mai devreme, **taxonomia lui Bloom** referitoare la obiectivele educaționale. Aceasta a fost aleasă deoarece este ușor de înțeles și este probabil cea mai des aplicată taxonomie. Există trei domenii ale activității educative (trei tipuri de învățare) care au fost identificate pentru prima dată de un comitet de colegii condus de **Bloom**. Domeniile sunt:

- 1) **Cognitiv** (deprinderi mentale; cunoștințe)
- 2) **Afectiv** (sentimentele și zona emoțională; atitudinea)
- 3) **Psihomotor** (îndemânare sau deprinderi fizice)

Toate cele trei domenii sunt la fel de importante. Deoarece *Comitetul lui Bloom* nu a elaborat un model de compilație pentru domeniul psihomotor, pentru *Curriculum Comun* a fost folosit modelul de compilație al lui **Simpson**⁴. Pentru a face distincție între cunoașterea elementară a procedurilor și proceselor cognitive superioare, **Bloom** a împărțit domeniul cognitiv în șase categorii: 1) *cunoașterea*, 2) *înțelegerea*, 3) *aplicarea*, 4) *analiza*, 5) *sinteza* și 6) *evaluarea*.

Pentru *Curriculum Comun*, cele mai des utilizate sunt primele trei categorii, deoarece ele reflectă scopurile pregătirii de bază. În același timp, cunoștințele pot fi împărțite în *dimensiuni*⁵ *faptice, conceptuale, procedurale și meta-cognitive*. De exemplu, dimensiunea

¹ Abr.eng. **IOM** - International Organization for Migration

² Abr.eng. **UNHCR** - United Nations High Commissioner for Refugees

³ Abr.eng. **CPT** - Curricular Practical Training

⁴ **Simpson E. J.** - Clasificarea Obiectivelor Educaționale în Domeniul Psihomotor. Washington, GryphonHouse, 1972.

⁵ **Anderson, L., Kratwohl. D.** - O taxonomie pentru învățare, predare și evaluare. O revizuire a taxonomiei lui Bloom pentru obiective educaționale, New York: Addison Wesley Longman, Inc.)

cunoștințelor meta-cognitive în unele privințe face legătura între domeniile cognitiv și afectiv. Și această împărțire bazată pe dimensiuni a fost luată în considerare în dezvoltare, dar pentru ca rezultatele să fie cât mai inteligibile posibil, ea nu este reliefată.

Bloom a împărțit domeniul afectiv¹ în 5 categorii, și anume: 1) *recunoașterea fenomenelor*, 2) *răspunsul la fenomene*, 3) *evaluarea*, 4) *organizarea valorilor* și 5) *asumarea valorilor*.

Domeniul psihomotor al lui **Simpson** (*deprinderi*) include următoarele 7 nivele: 1) *percepția*, 2) *pregătirea (pentru a acționa)*, 3) *răspunsul ghidat*, 4) *mecanismul*, 5) *răspunsul deschis complex*, 6) *adaptarea* și 7) *inițierea*. Competența este descrisă conform ideii lui **Bloom** de a folosi anumite verbe pentru a exprima un anumit nivel din fiecare domeniu. Uneori, grupurile de lucru nu au găsit în lista de cuvinte cheie a lui **Bloom**, nici un verb care să exprime exact natura activităților efectuate de BG. Numai în aceste cazuri, sunt folosite alte verbe decât cele ale lui **Bloom** și de aceea sunt prezentate liste cu verbe-cheie.

Curriculum Comun oferă un set de standarde comune pentru instituțiile naționale de pregătire a BG, profesori și studenți din toate statele membre ale Uniunii Europene. După implementarea *Curriculum-ului Comun* în curriculum-urile naționale, procesele de învățare trebuie direcționate spre obținerea cunoștințelor profesionale, a deprinderilor relevante și a atitudinilor adecvate necesare îndeplinirii îndatoririlor. Deoarece baza legală pentru sarcini este armonizată de către *Acquis-ul Schengen* în toată Uniunea Europeană, este necesară și armonizarea pregătirii inițiale. Orice cetățean trebuie tratat în același mod la toate frontierele externe ale Uniunii Europene, fie ele terestre, aeriene sau maritime.

Conform principiilor *Modelului de Management Integrat al Frontierelor*² este necesar ca activitățile de frontieră să fie compatibile. Oricând și oriunde sunt necesare operațiuni comune la frontierele externe, ofițerii participanți trebuie să aibă o înțelegere comună ce poate fi realizată printr-o pregătire de bază armonizată.

Curriculum Comun actualizat oferă un standard comun pentru pregătirea de bază a polițiștilor de frontieră la nivel european. Acesta trebuie să-i orienteze spre îndeplinirea sarcinilor cu respectarea în totalitate a demnității umane printr-un comportament profesionist, într-un mod respectuos. **Codul Frontierelor Schengen**³ recomandă implementarea *Curriculum Comun* actualizat cu standarde comune de pregătire în curriculum-urile naționale pentru pregătirea de bază.

Curriculum Comun pentru pregătirea de bază a polițiștilor de frontieră din Uniunea Europeană (și în Norvegia, Islanda și Elveția) este formată din modulele de parte generală, frontieră terestră, aeriană și maritimă. Fiecare dintre aceste module este împărțit pe categorii, capitole și teme. Fiecare categorie și fiecare capitol are scop propriu. Fiecare capitol are o descriere a unei atitudini. Capitolele sunt împărțite în diferite teme/discipline. Fiecare temă conține descrierea cunoștințelor și deprinderilor, descrierea metodologiei de

2001

¹ **Krathwohl, D. R., Bloom, B. S., & Masia, B. B.** - Taxonomia obiectivelor educaționale, clasificarea scopurilor educaționale. Manualul II: Domeniul Afectiv, New York: David McKay Co., Inc. 1973

² **Consiliul Uniunii Europene** 13926/3/06. **FRONT 207, COMIX 826.** *Managementul Integrat al Frontierelor; Deliberarea strategiilor.*

³ *Codul frontierelor Schengen*: cap-III, art. 16, par. 4

evaluare și metodei de pregătire recomandate. Partea generală include 3 categorii, și anume:

1. *Studii generale pentru standardele BG*
2. *Standarde generale de aplicare a legii valabile pentru BG*
3. *Deprinderi practice pentru standardele BG.*

Modulele de frontieră terestră, aeriană și maritimă sunt împărțite în 2 categorii, și anume:

1. *Legislație specifică*
2. *Practică specifică.*

Conform conceptului principal al *Curriculum-ului Comun* toți BG trebuie să studieze partea generală, în funcție de nevoile și legislația națională, în funcție de nevoile instituțiilor, agenților lor, ei trebuie să studieze și unul sau mai multe din celelalte module. De exemplu, pentru BG ca să poată lucra atât la frontiere terestre cât și în aeroporturi, ei trebuie să studieze amândouă modulele, și de frontieră terestră și aeriană, plus partea generală. Conform studiului „*Curriculum Comun - Sistemul de monitorizare*”¹, în Uniunea Europeană se găsesc patru structuri principale diferite de pregătire de bază.

Mai întâi, în unele state, BG fac doar pregătire de poliție. În timpul pregătirii de poliție sunt și câteva aspecte ce se referă la activitățile de frontieră. În teorie, toți ofițerii de poliție pot lua parte la activități, dar în practică calificarea finală deseori se face la locul de muncă.

În al doilea rând, în unele state, BG fac pregătire generală de poliție, urmată de specializarea în activități de frontieră. ca parte adițională a pregătirii lor de bază.

În al treilea rând, există state în care poliția și forțele BG sunt pregătiți separat. Pregătirea polițiștilor de frontieră se concentrează doar pe activități specifice de frontieră.

Într-un al patrulea grup de state, se folosește alt tip de pregătire, cum ar fi pregătirea ofițerilor de imigrări. Aceasta nu este nici pregătire generală de poliție, nici pregătire B.G. în sens obișnuit sau tradițional. Angajații lucrează în diferite domenii care implică activități ale polițiștilor de frontieră, de cele mai multe ori în domeniul controlului de pașapoarte. *Curriculum Comun* poate și trebuie să fie folosit de către toate aceste structuri pentru a ajuta studenții, profesorii și managerii de pregătire să planifice și să realizeze o pregătire eficientă și de bună calitate.

Pregătirea de bază a polițiștilor de frontieră trebuie să atingă cel puțin același statut ca și cel al programului de educație și pregătire vocațională (**VET**), astfel încât cursantul să aibă ocazia să primească o calificare cu statut public. Scopul pregătirii de bază este de a furniza instituțiilor naționale funcționari competenți, cu un nivel de bază de cunoștințe și deprinderi, precum și, atitudini și valori adecvate rolului lor. După finalizarea pregătirii de bază, polițiștii de frontieră trebuie să fie capabili să-și actualizeze cunoștințele și deprinderile în diferite medii operaționale. Ei trebuie să aibă o atitudine pozitivă și responsabilă față de muncă și față de propria lor dezvoltare profesională.

Uneori apar discuții în pregătirea vocațională referitor la întâietatea teoriei față de practică și sunt discuții referitoare la întrebare: Care trebuie predată prima? Nu ordinea este cea mai importantă, ci legătura dintre teorie și practică. Studenții trebuie să învețe să combine teoria cu practica prin intermediul propriilor acțiuni. Expertizele se pot realiza doar prin combinarea teoriei cu practica. Pentru a optimiza procesul de învățare, *trainer*-ii

¹ Frontex 1064/09/02/06

trebuie să se asigure întotdeauna că pregătirea este proiectată astfel încât să includă și teoria și practica.

Îndeplinirea unei funcții nu se referă doar la munca în sine, fiind rezultatul învățării la locul de muncă și analiza asupra propriului comportament și a performanțelor. În timpul pregătirii de bază studenții trebuie să învețe că nu trebuie să se concentreze doar asupra sarcinii în sine, ci și asupra dezvoltării cunoștințelor, valorilor și deprinderilor asumate. Dezvoltarea deprinderilor analitice ale cursanților trebuie să joace un rol esențial în pregătirea de bază. După dezvoltarea acestor deprinderi de reflecție și ale celor de cogniție, studenții vor deveni ofițeri competenți și responsabili pentru propria dezvoltare. La finalizarea procesului de pregătire de bază ar trebui să avem funcționari capabili să-și îndeplinească sarcinile de bază în mod independent, să evolueze datorită experienței, devenind din ce în ce mai pricepuți, pentru ca ulterior să ajungă la stadiul de experți.

Securitatea frontierelor Uniunii Europene se bazează pe polițiști de frontieră de încredere, profesioniști și cooperanți. Acest scop este atins printr-o pregătire de înaltă calitate, printr-o atitudine profesională și prin perfecționarea continuă a cunoștințelor și deprinderilor. Conținutul educațional reiese din cerințele vieții de zi cu zi. Profesionalismul lor provine dintr-o combinație de teorie, deprinderi practice și atitudini. Această competență este reflectată în muncă prin acțiuni eficiente, deprinderi practice, rezolvarea problemelor și deprinderilor de gândire critică prin respectarea drepturilor omului.

Cunoștințele nu mai sunt astăzi stabile și permanente. Pentru a fi mereu la curent, un BG trebuie să poată căuta și găsi cunoștințele pentru îmbunătățirea deprinderilor personale, de exemplu, prin metode IT. Un BG trebuie să fie activ în procesul de perfecționare continuă, fiind responsabil pentru propria pregătire, nimeni altcineva nu poate învăța în locul lui.

Modulele pentru frontiera terestră, frontiera maritimă și cea aeriană au o legătură strânsă cu practica. Chiar dacă procesul de învățare este condus de anumite academii, învățarea ar trebui să aibă loc în situații cât mai apropiate de realitate. Prin folosirea practicienilor cu experiență, așa numitele cunoștințe „*tacite*” pot fi acumulate și transmise noilor veniți. Îndeplinirea sarcinilor impune o dezvoltare proprie continuă. La finalizarea procesului de pregătire de bază, un BG trebuie să aprecieze valoarea pregătirii continue. *Curriculum Comun* oferă standarde comune măsurabile pentru pregătirea de bază a BG. În loc să conțină un număr strict de lecții, oferă o descriere a atitudinilor, cunoștințelor și deprinderilor pe care trebuie să le aibă un student după finalizarea cu succes a anumitor componente de pregătire.

Curriculum Comun este creat astfel încât poate și trebuie să fie implementat în Curriculum-urile naționale respective. Curriculum-urile naționale pot păstra și alte teme, cum ar fi protecția mediului, apărarea națională etc., în funcție de nevoile naționale. Dacă, conform legislației naționale, o organizație națională nu este autorizată să îndeplinească sarcini legate de *Curriculum Comun*, acea parte nu trebuie să fie implementată în curriculum-ul național.

Prin folosirea criteriilor destinate „*metodei de evaluare*”, *trainer*-ii pot evalua cu ușurință dacă studenții lor au ajuns la standardul cerut. Această coloană mai oferă și informații practice suplimentare, astfel încât este ușor de înțeles ce implică fiecare disciplină/temă. „*Metoda de pregătire*” oferă o recomandare privind maniera în care trebuie predată fiecare disciplină/temă. Având în vedere faptul că există mai multe căi de a realiza aceleași scopuri, *trainer*-ul este liber să aleagă propria metodă de predare.

Standardele măsurabile de pregătire comună, sub forma competenței comune asigură o bază pentru evaluare. Această evaluare ajută academiile să evalueze și să îmbunătățească calitatea pregătirii și le oferă ocazia de a compara rezultatele evaluării cu cele ale statelor membre. În plus, ajută agențiile ce sprijină procesul de pregătire la nivelul UE să se concentreze asupra problemelor privind pregătirea BG care derivă din nevoile stabilite prin culegerea de informații și examinarea lor științifică.

Nevoia de schimbare și de adaptare a sistemelor de pregătire din învățământul superior este o chestiune - cheie și, în următorii ani, vor fi necesare o multitudine de acțiuni pentru a atinge țintele stabilite. Experiența arată că *implementarea* - a face lucrurile să se producă în realitate - este unul dintre cele mai dificile procese, fiind etapa în care dacă un obiectiv nu este îndeplinit, toată structura ulterioară de management riscă să se prăbușească. Un element esențial este planificarea detaliată și pregătirea temeinică a fiecărei etape.

Etapa de implementare trebuie să fie însoțită de o monitorizare continuă și control efectuat cu regularitate, precum și de capacitatea de a fi pregătit să se facă schimbări ale planului inițial atunci când este clar că ele sunt necesare pentru atingerea obiectivelor stabilite. Va fi necesar să se identifice în detaliu elementele critice ale implementării caracteristice fiecărui capitol al *Curriculum-ului Comun* de pregătire și să se elaboreze un plan pentru implementare detaliat, cu priorități bine formulate și cu precizarea modurilor de monitorizare, control și de corectare, când și unde este necesar. Acesta este cel mai dificil lucru de stabilit aprioric.

O comunicare mai bună și o colaborare mai strânsă între principalele organizații deja a început, în scopul obținerii unei eficiențe și sinergii mai mari față de efortul făcut. Acest aspect trebuie să rămână o problemă - cheie a diverselor mecanisme de asistență care vor fi disponibile pentru România în următorii ani.

BIBLIOGRAFIE

Anderson, L., Kratwohl. D. - O taxonomie pentru învățare, predare și evaluare. O revizuire a taxonomiei lui Bloom pentru obiective educaționale, New York: Addison Wesley Longman, Inc.) 2001;

Bloom, B.S. - Taxonomia obiectivelor operaționale. Clasificarea Obiectivelor Educaționale. Manualul I: Domeniul cognitiv, New York, Toronto: (Ed.) Longmans, Green (1956) ;

Krathwohl, D. R., Bloom, B. S., & Masia, B. B. - Taxonomia obiectivelor educaționale, clasificarea scopurilor educaționale. Manualul II: Domeniul Afectiv, New York: David McKay Co., Inc. 1973;

Simpson E. J. - Clasificarea Obiectivelor Educaționale in Domeniul Psihomotor. Washington, GryphonHouse, 1972.

Codul frontierelor Schengen: Cap-III;

Consiliul Uniunii Europene 13926/3/06. Managementul Integrat al Frontierelor; Deliberarea strategii;

Curriculum comun pentru instruirea BG; **Consiliul Uniunii Europene**; Bruxelles, 6 Septembrie 2004;

Declarația miniștrilor europeni ai educației și a Comisiei Europene convenită la Copenhaga pe 29 și 30 noiembrie 2002, asupra cooperării europene extinse în domeniul educației și instruirii vocaționale;

Jurnalul Oficial al UE Legea 349/25.11.2004, Regulamentul CE nr.2007/26.10.2004 privind înființarea Agenției Europene pentru Managementul Cooperării Operaționale la Frontierele Externe Statelor Membre Uniunii Europene;

Ordinul Ministrului Educației, Cercetării și Inovării nr. 3617/2005 privind aplicarea *Sistemului European de Credite Transferabile* în toate instituțiile de învățământ superior din România;

Planul pentru managementul frontierelor externe ale statelor membre ale Uniunii Europene;
Consiliul Uniunii Europene, Bruxelles, 14 iunie 2002;

Raportul Curriculumului comun pentru instruirea BG; **Consiliul Uniunii Europene**;
Bruxelles, 8 Mai 2003;

Regulamentul Consiliului (EC) Nr 2007/2004 din 26 octombrie 2004;

Rezoluția asupra pregătirii continue adoptate de **Consiliul Uniunii Europene** (*Educație și Tineret*) pe 27 iunie 2002.

- <http://www.bologna-berlin2003.de/en/ba3ic/haupt.htm>
- <http://www.frontex.europa.eu/>
- <http://www.consilium.europa.eu/>
- <http://www.schengen.mira.gov.ro/>

DREPTUL LA VIAȚĂ AL PERSOANELOR CONDMNATE LA DETENȚIE PE VIAȚĂ

Conf. univ. dr. COSTACHE GHEORGHE
Universitatea „Spiru Haret” - Facultatea de Drept și Administrație Publică
Craiova

Abstract: Detention for life, under the Criminal Code shall apply as required by law only when committed the most serious crimes.

The execution of this sentence is carried out in prison that is set for the National Penitentiary Administration.

During execution of the sentence these people have a number of rights enjoyed and most other categories of persons deprived of their liberty, including one to benefit from conditional release.

Cuvinte cheie: dreptul la viață, pedeapsă privativă de libertate, pedeapsa cu moartea, detenție pe viață, liberare condiționată.

Da. Este adevărat. Persoanele condamnate la detenție pe viață au dreptul la viață, au dreptul să trăiască, chiar dacă la o primă și superficială privire, mulți ar fi tentați să dea un alt verdict.

Am abordat acest subiect și vom încerca să aducem unele clarificări referitoare la condițiile în care se aplică pedeapsa detenției pe viață și mai ales pentru a scoate în evidență faptul că această categorie de persoane private de libertate au dreptul și se și pot libera condiționat.

Codul penal al României, în vigoare până în 1990, prevedea în categoria pedepselor ce se pot aplica persoanelor care au comis infracțiuni, următoarele categorii de pedepse¹, (art.53):

Pedepsele sunt principale, complementare și accesorii.

1. Pedepsele principale sunt:

- a) închisoarea de la 15 zile la 25 de ani;
- b) amenda de la 500 lei la 20.000 lei.

2. Pedepsele complementare sunt:

- a) interzicerea unor drepturi de la unu la 10 ani;
- b) degradarea militară;
- c) confiscarea averii parțială sau totală.

3. Pedeapsa accesorie este interzicerea unor drepturi anume prevăzute de lege.

Acestea erau pedepsele prevăzute de Codul penal în vigoare înainte de 1990, ce se aplicau în cazul comiterii de infracțiuni.

În afară de aceste pedepse, în Codul penal mai era prevăzută în art.54, și pedeapsa cu moartea: „Ca măsură excepțională pentru infracțiunile cele mai grave se aplică, în cazurile și în condițiile prevăzute de lege, pedeapsa cu moartea”.

¹ A se vedea titlul III, cap.II din Codul penal adoptat în 1968

Așa după cum se poate observa din această prezentare, pedeapsa cea mai aspră era pedeapsa cu moartea, iar Codul penal prevedea faptele deosebit de grave pentru care instanțele de judecată pronunțau astfel de pedepse.

Ultima pedeapsă capitală a fost aplicată de un tribunal reunit ad-hoc în decembrie 1989 pentru a judeca „faptele” fostului șef al statului român și ale soției acestuia, pedeapsă ce a fost și pusă în executare în aceeași zi, imediat după terminarea procesului.

Dacă procesul a fost unul desfășurat în condițiile și cu respectarea tuturor normelor procedurale, s-au scris multe materiale, se vor mai scrie și nu ne oprim asupra acestui aspect.

Cert este faptul că imediat după punerea în aplicare a pedepsei capitale pronunțate, prin Decretul -Lege nr.6 din 07 ianuarie 1990, pedeapsa cu moartea a fost abolită, și s-a introdus în Codul penal pedeapsa detențiunii pe viață.

Este destul de dificil de a spune dacă această nouă pedeapsă a înlocuit pedeapsa cu moartea sau s-a impus adoptarea acesteia din alte motive despre care nu ne propunem să facem referire în mod explicit.

Totuși, trebuie să amintim faptul, pentru o informare corectă, că în statele democratice europene, pedeapsa cu moartea fusese de multă vreme abolită și nu se mai aplica.

Respectarea dreptului la viață al oricărei persoane își regăsește sediul materiei în Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, adoptată de Consiliul Europei la 04 noiembrie 1950, care în art.2, prevede următoarele:

„(1) Dreptul la viață al oricărei persoane este protejat prin lege. Moartea nu poate fi cauzată cuiva în mod intenționat, decât în executarea unei sentințe capitale pronunțată de un tribunal în cazul în care infracțiunea este sancționată cu această pedeapsă prin lege.

(2) Moartea nu este considerată ca fiind cauzată prin încălcarea acestui articol în cazurile în care aceasta ar rezulta dintr-o recurgere absolut necesară la forță:

a) pentru a asigura apărarea oricărei persoane împotriva violenței ilegale;

b) pentru a efectua o arestare legală sau pentru a împiedica evadarea unei persoane legal deținute;

c) pentru a reprima, conform legii, tulburări violente sau o insurecție.”

În conformitate cu prevederile art.2 alin. 1 din Convenție, prevederile Codului penal românesc adoptat în 1968 erau conforme, deși statul nostru nu ratificase Convenția. Dar acestea au fost conforme numai până la 28 aprilie 1983 când s-a adoptat la Strasbourg, Protocolul 6 la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, când, în conformitate cu art. 1 din sus-numitul Protocol: „Pedeapsa cu moartea este abolită. Nimeni nu poate fi condamnat la o asemenea pedeapsă și nici executat.”

Aplicarea pedepsei cu moartea după adoptarea acestui Protocol mai era posibil numai în timp de război¹. Ulterior a fost adoptat Protocolul 13² la Convenție care interzicea pedeapsa cu moartea, indiferent ce s-ar invoca.

¹ Protocolul 6 privind abolirea pedepsei cu moartea, adoptat la 28 aprilie 1983, art.2: „Un stat poate să prevadă în legislația sa pedeapsa cu moartea pentru acte săvârșite în timp de război sau de pericol iminent de război; o asemenea pedeapsă nu va fi aplicată decât în cazurile prevăzute de această legislație și conform dispozițiilor sale”

² Protocolul 13 adoptat la Vilnius la data de 03 mai 2002, prevede la art.1: Pedeapsa cu moarte este abolită. Nimeni nu poate fi condamnat la o asemenea pedeapsă și nici executat. La art. 2 din același Protocol se prevede că orice fel de derogare de la prevederile art. 1 nu sunt îngăduite.

Începând de la acea dată, menținerea pedepsei cu moartea în legislația penală românească contravenea prevederilor documentelor europene și nu de puține ori statul român a fost acuzat că nu respectă drepturile omului.

Pentru a ieși din sfera criticilor internaționale, s-a găsit o soluție de compromis și anume comutarea pedepsei capitale în pedeapsa cea mai grea, respectiv pedeapsa închisorii de 25 de ani care era posibilă numai prin întocmirea de către cel condamnat a unei cereri, adresată șefului statului care prin decret prezidențial avea dreptul să facă acest lucru.

Cu toate că exista această posibilitate, aceasta nu a fost aplicată în toate situațiile.

Ultimele pedepse capitale aplicate în România au fost în anul 1987, când 7 persoane care au fost judecate pentru fapte și în cauze diferite au fost condamnate și executate, toate fiind autoare ale unor infracțiuni de omor deosebit de grav.

În perioada 1987-1989 nici o persoană nu a mai fost executată, deși s-au aplicat pedepse capitale, toate fiind înlocuite cu executarea pedepsei cu închisoarea de 25 de ani.

Abolirea pedepsei capitale în țara noastră, devine definitivă și fără nici un fel de posibilitate de reintroducere, prin stipularea acestui lucru în prevederile art.22 alin. 3 din Constituția României, adoptată prin Referendum la 08 decembrie 1991, unde se precizează că: **„Pedeapsa cu moartea este interzisă”**

Prin Legea 30/1994, România a ratificat Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și Protocoalele adiționale la această Convenție, astfel că, în conformitate cu prevederile Constituției, aceasta devine parte integrantă a legislației naționale¹.

Introducerea pedepsei detențiunii pe viață, presupunea așa cum rezultă și din conținutul pedepsei, ca persoana căreia i se aplică o asemenea pedeapsă să își petreacă restul zilelor într-o unitate destinată special executării pedepselor privative de libertate.

Condamnarea unei persoane la detenție pe viață, nu presupune ca acestor persoane să li se abroge și drepturile specifice tuturor persoanelor private de libertate. Mai mult, Regulile europene pentru penitenciare, pe care România le-a adoptat, presupun, că și față de aceste persoane trebuie să se manifeste o preocupare aparte, fiind interzise experiențe medicale sau tratamente crude inumane sau degradante, care să conducă la pierderea demnității umane, dezumanizare ori supunerea la tortura sau alte asemenea violențe².

Condiția ca o persoană condamnată la pedeapsa detenției pe viață să rămână pentru restul zilelor de trăit în spatele gratiilor, a fost eliminată prin prevederile Legii 140 din 14 noiembrie 1996 care a introdus în Codul penal art.55¹, conform căruia: **„cel condamnat la pedeapsa detenției pe viață poate fi liberat după executarea efectivă a 20 de ani de detențiune, dacă este stăruitor în muncă, disciplinat și dă dovezi temeinice de îndreptare, ținând cont și de antecedentele penale”**.

În conformitate cu prevederile aceleiași Legi, art.55¹, alin. 2, : **„Condamnatul trecut de vârsta de 60 de ani pentru bărbați și de 55 de ani pentru femei poate fi liberat condiționat după executarea efectivă a 15 ani de detențiune, dacă sunt îndeplinite și celelalte condiții prevăzute în alin. 1”**.

Din conținutul textului de lege rezultă cu claritate faptul pe care mulți nici nu îl bănuiesc că o persoană condamnată la detenție pe viață nu va sta în penitenciar până la

¹ Art.11, alin 2 din Constituție: ”Tratatele ratificate de Parlament potrivit legii, fac parte din dreptul intern.”

² A se vedea și prevederile art. 3-5 din Legea 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal

sfârșitul zilelor ci se poate libera condiționat, în acest fel se poate vedea într-o primă formă respectarea dreptului la viață al persoanelor condamnate la detenție pe viață.

Acest lucru a făcut posibil ca din 1990 când a fost introdusă pedeapsa detenției pe viață și până la 01.09. 2009, să se fi liberat condiționat un condamnat la detenție pe viață în anul 2008.

La aceeași dată, 01.09.2009, în România executau pedeapsa detenției pe viață un număr de 138 de persoane din care 135 de bărbați și 3 femei.

Prevederile noului Cod penal, adoptat în 2009 și care va intra în vigoare la un an de la publicarea lui în Monitorul Oficial¹, aduc însă modificări în ceea ce privește liberarea condiționată a deținuților condamnați la detenție pe viață în sensul că elimină posibilitatea celor care au împlinit vârsta de 60 de ani în timpul executării pedepsei să se libereze condiționat dacă au executat deja 15 ani din pedeapsă. Condiția sine-qua-non este aceea de a fi executat 20 de ani din pedeapsă și să îndeplinească și celelalte condiții cerute de lege².

Dar, pentru ca o persoană privată de libertate, indiferent de cuantumul pedepsei aplicate să poată trăi pe timpul executării pedepsei, este imperios necesar să beneficieze de o multitudine de servicii și îngrijiri și să i se respecte drepturile stabilite pentru orice persoană privată de libertate.

Privarea de libertate a unei persoane pentru comiterea unei fapte penale nu presupune că acea persoană, din momentul intrării pe porțile penitenciarului, este aruncată ca un rebut într-o celulă izolată și uitată acolo un anumit număr mai mare sau mai mic de ani.

În conformitate cu prevederile Legii 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, al Regulamentului de aplicare al acesteia și al Ordinului Ministrului Justiției nr.2714/2008 privind durata și periodicitatea vizitelor, greutatea și numărul pachetelor, precum și categoriile de bunuri ce pot fi primite, cumpărate, păstrate și folosite de persoanele aflate în executarea pedepselor privative de libertate, preocuparea statului prin organele abilitate față de această categorie de persoane este foarte clar și bine reglementată.

Astfel, toate persoanele private de libertate, inclusiv persoanele condamnate la detenție pe viață au în principal următoarele drepturi pe timpul executării pedepsei:

- a) dreptul la informație;
- b) libertatea conștiinței, a opiniilor și libertatea credințelor religioase;

¹ Noul Cod penal a fost adoptat prin Legea 286/17.07.2009 și promulgat prin Decretul 1211/17.07.2009, fiind publicat în Monitorul Oficial al României Partea I nr. 510 din 24 iulie 2009.

² Art. 99 Condițiile liberării condiționate în cazul detențiunii pe viață

(1) Liberarea condiționată în cazul detențiunii pe viață poate fi dispusă dacă:

- a) cel condamnat a executat efectiv 20 de ani de detențiune;
- b) cel condamnat a avut o bună conduită pe toată durata executării pedepsei;
- c) cel condamnat a îndeplinit integral obligațiile civile stabilite prin hotărârea de condamnare, afară de cazul când dovedește că nu a avut nici o posibilitate să le îndeplinească;
- d) instanța are convingerea că persoana condamnată s-a îndreptat și se poate reintegra în societate.

(2) Este obligatorie prezentarea motivelor de fapt ce au determinat acordarea liberării condiționate și atenționarea condamnatului asupra conduitei sale viitoare și a consecințelor la care se expune, dacă va mai comite infracțiuni sau nu va respecta măsurile de supraveghere, ori dacă nu va executa obligațiile ce îi revin pe durata termenului de supraveghere.

(3) De la data liberării condiționate, condamnatul este supus unui termen de supraveghere de 10 ani.

- c) dreptul la consultarea documentelor de interes personal;
- d) asigurarea accesului la dispozițiile legale și documentele privind executarea pedepselor privative de libertate;
- e) dreptul de petiționare;
- f) dreptul la corespondență;
- g) dreptul la convorbiri telefonice;
- h) dreptul la plimbare zilnică și dreptul de a primi vizite;
- i) dreptul de a primi bunuri;
- j) dreptul la asistență medicală;
- k) dreptul la asistență diplomatică;
- l) dreptul la încheierea unei căsătorii¹.

Toate drepturile prevăzute mai sus ale persoanelor private de libertate reprezintă obligații ce decurg din Lege pentru personalul Administrației Naționale a Penitenciarelor însărcinate cu aplicarea lor și aceste drepturi: „*nu pot fi îngrădite decât în limitele și în condițiile prevăzute de Constituție și lege*”(art.39 alin. 1 din Legea 275/2006).

Respectarea acestor drepturi demonstrează odată în plus faptul că dreptul la viață al persoanelor condamnate la detenție pe viață este respectat și reglementat prin actele normative în vigoare.

În același context, în conformitate cu prevederile Legii, fiecărei persoane private de libertate trebuie să i se asigure pat individual, cazarmament, condiții de igienă personală precum și dreptul la hrană în conformitate cu statutul pe care îl are (muncește sau nu, are regim alimentar ca urmare a unei afecțiuni medicale sau boală ce necesită astfel de alimentație, este de o altă confesiune religioasă decât ortodoxă, etc.).

BIBLIOGRAFIE

Constituția României

Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale

Codul Penal

Regulile europene pentru penitenciare

Legea 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal

Legea 140 din 14 noiembrie 1996 pentru modificarea Codului penal

Ordinul Ministrului Justiției nr.2714/2008 privind durata și periodicitatea vizitelor, greutatea și numărul pachetelor, precum și categoriile de bunuri ce pot fi primite, cumpărate, păstrate și folosite de persoanele aflate în executarea pedepselor privative de libertate

¹ Pentru mai multe detalii privind modalitatea în care se aplică aceste drepturi în unitățile de penitenciare, recomand a se vedea și prevederile Legii 275/2006, privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, art.38-55.

IMPACTUL DREPTULUI UNIUNII EUROPENE ASUPRA DISPOZIȚIILOR NAȚIONALE PRIVIND OBLIGAȚIILE CONTRACTUALE

Lect. univ. dr. CHARLOTTE ENE

Lect. univ. dr. NELY MILITARU
Academia de Studii Economice București

Abstract: In the current context of strengthening of the European single market, it has been given a special attention to the harmonization process of the national legislations of Member States regarding the matter of the contracts. During the recent years, the idea of Europeanization of contract law had been developed, which it culminated in the development of a genuine code of contracts under which the technique provides a remodeling the contracts throughout "injection" of a European public order.

The development of the EU code, which harmonizes the rules regarding applicable law of the contractual obligations, allows members of the Member States to operate with an ambitious set of private legislative instruments on their territory, an unified system for resolution of the conflict of laws on contractual obligations. This legislation provides much needed legal certainty for the benefit of trade and commercial transboundary transactions, whose number is growing.

Cuvinte cheie (Keywords): dreptul Uniunii Europene, norme uniforme, obligații, contract.

1. CONSIDERAȚII GENERALE

Tratatul instituind Comunitatea Europeană (Tratatul CE) nu a acordat o atenție deosebită problematicii complexe a uniformizării dispozițiilor naționale de drept privat, articolul 3 din tratat statuând cu valoare de principiu dezideratul de a se realiza o „apropiere între legislațiile naționale”¹. Cu toate acestea, în doctrină se admite unanim faptul că dreptul european exercită o influență semnificativă asupra legislațiilor statelor membre, în general, și asupra ansamblului reglementărilor privind contractele (denumit în continuare dreptul contractelor), în particular².

Nu putea fi o altă situație, din moment ce Tratatul CE vizează crearea unei piețe unice, fondată pe cele patru libertăți economice fundamentale: libera circulație a mărfurilor, serviciilor, capitalurilor și a persoanelor, inclusiv pe libera concurență. În acest context, diversitatea sistemelor de drept naționale poate constitui un real obstacol în calea realizării depline a acestor libertăți și tocmai de aceea s-a acționat în această direcție, prin

¹ Ulterior, Tratatul CE va suferi modificări semnificative prin care este complinită, într-o oarecare măsură, această lacună inițială a reglementării comunitare.

² A se vedea: E. Putman, *L'influence du droit communautaire en droit privé français*, în „Revue de la recherche juridique-Droit prospectif”, 1997; C. Quigley, *Droit communautaire des contrats. L'effet du droit communautaire sur les obligations contractuelles*, Bruxelles, 1998.

recunoașterea existenței unor izvoare comunitare pentru dreptul contractelor în toate sistemele juridice naționale¹.

Analizând eforturile întreprinse la nivel european în vederea armonizării legislațiilor naționale, se poate observa că acestea s-au realizat cu foarte multă prudență în raport cu sistemele de drept naționale, prin intermediul directivelor, fiind inspirate de o logică a dinamismului pieței și, din acest motiv, s-au concentrat îndeosebi asupra protecției consumatorilor și implicit asupra distribuției. Însă, toate aceste eforturi s-au dovedit a fi insuficiente, împrejurare care a suscitât numeroase întrebări cu privire la oportunitatea unor noi inițiative comunitare mult mai ample, din care să se degaje bazele unui adevărat drept privat european, care să se sprijine pe o primă realizare în domeniul contractelor.

Principalele instrumente de legislație europeană la care s-a recurs inițial pentru apropierea drepturilor naționale ale contractelor au fost regulamentele și directivele. Regulamentul, obligatoriu în privința tuturor elementelor sale și direct aplicabil, inserându-se în sistemele juridice naționale, constituie un instrument care poate fi folosit în vederea adoptării unei legi uniforme în materie, având deci un efect de perspectivă. În schimb, directiva prezintă un dublu avantaj: este de natură normativă și are, în același timp, suplețea necesară pentru o adaptare cu un înalt grad de plasticitate. Prin urmare, inițial, directivele s-au dovedit a fi instrumentul cel mai adecvat pentru armonizarea legislațiilor între statele membre, prin adoptarea acestora realizându-se „cadru comun de convergență”, pe care legiuitorii din statele membre l-au pus în practică cu o anumită marjă de adaptare.

În timp, necesitatea de a asigura „securitatea juridică” a condus la o estompare a diferențelor dintre trăsăturile definitorii ale regulamentului și respectiv cele ale directivei, prevederile directivelor devenind din ce în ce mai detaliate (uneori chiar la cererea statelor membre), pentru a se evita transpunerea lor inadecvată în legislația internă. Pe de altă parte, se poate observa că anumite regulamente s-au dovedit a fi lipsite de forță obligatorie, cum ar fi de exemplu regulamentele referitoare la exceptări de la prevederile privind concurența, care nu au decât rolul de a asigura o prezumție de liceitate a contractelor de distribuție -aparent constitutive de înțelegeri verticale în vederea restricționării concurenței-. În consecință, conformitatea contractului de distribuție cu prevederile regulamentului de exceptare asigură acordarea beneficiului exceptării, ceea ce nu conduce la concluzia că neconformitatea prevederilor contractuale înseamnă automat și o ilicitate². De altfel și Curtea de Justiție a Comunităților Europene (CJCE) a decis în această privință că „Dispozițiile regulamentelor de exceptare nu impun operatorilor economici să se folosească de aceste posibilități; ele nu au nici efectul de a modifica conținutul unui anume acord sau de a-l face să fie nul atunci când nu sunt îndeplinite toate condițiile prevăzute în respectivul regulament”³. Așadar regulamentul de exceptare constituie doar o formă suplă de orientare a practicilor contractuale, suficient de incitativă pentru securitatea juridică care îl însoțește.

¹ A se vedea J. Huet, *Les sources communautaires du droit des obligations*, LGDJ, Paris, 1997, p. 11

² A se vedea J. Schapia, G. Tallec, J. R. Blaise, L. Idot, *Droit européen des affaires*, PUF, 1999, tome I, p. 314.

³ CJCE, Decizia din 30 aprilie 1998, pronunțată într-o cerere prejudicială, în cauza Cabour, C-230/96, citată în *Contrats. Concurrence. Consommation*, 1998, cu observații de L. Vogel.

În efortul de armonizare a legislațiilor naționale a statelor membre, în afara regulamentelor și directivelor s-a recurs și la alte instrumente comunitare, care s-au dovedit mult mai suple, cum ar fi rezoluțiile, recomandările, comunicările, liniile directoare sau codurile de conduită. Toate aceste acte normative europene, care nu sunt prevăzute în Tratatul CE, s-au impus în practica instituțională într-o manieră notabilă, ceea ce a determinat cu adevărat efectul lor creator de drept, ținându-se cont de conținut iar nu de natura unui asemenea act normativ¹. În acest sens, pot fi avute în vedere unele recomandări în materie contractuală, cum este, de exemplu, Recomandarea din 19 octombrie 1998 prin care Comisia Europeană a propus un acord de tip european referitor la schimburile de date informatizate.

Cu toate acestea, în ansamblu, influența dreptului comunitar asupra reglementărilor naționale privind contractele s-a manifestat în mod esențial pe calea directivelor și regulamentelor. Totuși, în viitor, s-ar putea ca asemenea acte, nereglementate în tratat, să prezinte o anumită utilitate, așa cum sugerează, de altfel, și Comunicarea Comisiei Europene din 11 iulie 2001 privind dreptul european al contractelor, sau Comunicarea din 12 februarie 2003 referitoare la un plan de acțiune pentru un drept al contractelor mai coerent.

2. LINIILE DIRECTOARE PRIVIND CONTRACTELE ÎNCHEIATE CU CONSUMATORII

Terenul pe care s-a manifestat, cu predilecție, influența dreptului comunitar în domeniul contractelor este cel al contractelor încheiate cu consumatorii².

În această domeniu au fost elaborate un număr de șapte directive care au incidență asupra tehnicii contractuale: Directiva 85/577/CCE a Consiliului Europei din 20 decembrie 1985 privind protecția consumatorilor în cazul contractelor negociate în afara stabilimentelor comerciale; Directiva 87/102/CEE a Consiliului Europei din 22 decembrie 1986 referitoare la apropierea dispozițiilor legislative și regulamentare în materia creditului de consum; Directiva 90/314/CEE a Consiliului Europei din 13 iunie 1990 privind călătoriile, vacanțele și circuitele prin înțelegeri; Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive din contractele încheiate cu consumatorii; Directiva 94/47/CE a Parlamentului și Consiliului Europei din 26 octombrie 1994 privind protecția cumpărătorilor în legătură cu anumite aspecte ale contractelor privind achiziționarea unui drept de utilizare parțială a unor bunuri imobiliare; Directiva 97/7/CE a Parlamentului și Consiliului Europei din 20 mai 1997 privind protecția consumatorilor în materia contractelor încheiate la distanță; Directiva 1999/44/CE a Parlamentului și Consiliului Europei din 25 mai 1999 cu privire la anumite aspecte ale vânzării și garanției bunurilor de consum.

În literatura juridică³ se arată că, inițial influența mișcării consumeriste asupra tehnicii contractuale a progresat pe plan european într-un mod segmentar, sfera de aplicare a directivelor sus-menționate fiind foarte restrânsă, întrucât s-a considerat multă vreme că

¹ A se vedea J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des communautés européennes*, LGDJ, Paris, 2002, p. 164.

² A se vedea Anne-Marie de Motos, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union Européenne*, PUAM, Paris, 2001.

³ A se vedea T. Bourgoignie, *L'impact du droit européen de la consommation sur le droit privé des Etats membres*, în „L'harmonisation du droit des contrats en Europe”, *Economica* nr.2/2001.

domeniul contractelor cu consumatorii reprezintă „un subprodus al politicii pieței comune”.

Ulterior, prin introducerea art.153 în Tratatul CE (ca urmare a modificărilor intervenite prin încheierea Tratatului de Maastricht) consacrat protecției consumatorilor, aceasta a devenit o „politică comunitară”, ceea ce a suscitat un nou elan în reflecția doctrinară. Drept consecință, s-au făcut propuneri pentru a fi elaborat un ansamblu normativ omogen și coerent care să constituie un veritabil „acquis comunitar”¹, care să vizeze îndeosebi: întărirea obligațiilor precontractuale de informare; creșterea formalismului contractului; acordarea unui termen de reflecție; eliminarea clauzelor abuzive; regenerarea calitativă a contractului prin introducerea conceptului de „așteptare legitimă a consumatorului”. Astfel, în materie de contracte, au fost stabilite axele comune ale mai multor directive, care formează elemente ale unei structuri normative coerente care deja constituie o promisiune pentru un viitor Cod european al consumului².

În ceea ce privește efortul de armonizare a legislațiilor naționale a statelor membre în materie de contracte, acesta s-a concretizat în elaborarea anumitor directive: Directiva 85/374/CEE a Consiliului Europei din 25 iulie 1985 referitoare la apropierea dispozițiilor legislative și regulamentare în materie de responsabilitate pentru fapta produselor defectuoase; Directiva 86/CEE a Consiliului Europei din 18 decembrie 1986 privind coordonarea sistemelor de drept ale Statelor membre referitoare la agenții comerciale independente; Directiva 97/5/CE a Parlamentului și Consiliului Europei din 27 ianuarie 1997 privind viramentele transfrontaliere; Directiva 2000/31/CE a Parlamentului și Consiliului Europei din 8 iunie 2000 referitoare la anumite aspecte juridice ale societății de informație și în special a comerțului electronic în cadrul pieței interne; Directiva 2000/35/CE a Parlamentului și Consiliului Europei din 29 iunie 2000 privind lupta contra întârzierii de plată în tranzacțiile comerciale.

Din analiza atentă a dispozițiilor directivelor sus menționate constatăm o influență covârșitoare a politicilor pieței interne, obiectivul urmărit fiind dinamizarea pieței prin facilitarea încheierii anumitor contracte de reprezentare, de intermediere a fluxurilor de mărfuri și fluxurilor financiare³.

Trebuie subliniat faptul că în elaborarea dispozițiilor normative centrul de greutate s-a mutat treptat de la o viziune exclusiv normativă, în temeiul căreia fiecare categorie de contracte era însoțită de un regulament, spre pe o abordare practică, economică, punându-se accent pe puterea de piață a operatorilor economici și eficiența economică a rețelelor de distribuție, ceea ce a determinat în principal un val semnificativ de norme comunitare referitoare la contractele de distribuție. Asistăm la o comunitarizare a contractelor constând într-o remodelare a tehnicii contractuale pe calea "injectării" unei ordini publice comunitare de natură economică.⁴

¹ Ibidem.

² A se vedea lucrarea *Vers un code européen de la consommation*, sub direcția lui F. Osman, Bruxelles, 1990.

³ A se vedea D. Ferrier, *La politique d'harmonisation du droit des contrats de la distribution en Europe*, în „L'harmonisation du droit des contrats en Europe”, *Economica* nr. 2/2001, p.83.

⁴ Or, nu s-a degajat, de aici, o apropiere în profunzime a sistemelor naționale de drept contractual, demersurile în această direcție fiind întreprinse prin metoda „de la caz la caz” ce se dovedește a fi falimentară.

Cu toate acestea influența dreptului comunitar asupra tehnicii contractuale s-a cantonat doar la cele cinci directive, dintre care trei având numai o incidență marginală asupra normelor interne (răspunderea pentru produsele defectuoase nu are decât incidență asupra neutralizării principiului efectului relativ al contractului, iar directiva referitoare la viramentele transfrontaliere și interzicerea plăților nu interesează decât marginal tehnica contractelor), iar celelalte două directive având doar un modest potențial de armonizare (directivele referitoare la agenții comerciale și comerțul electronic).

Totodată, domeniile foarte stricte de reglementare ale directivelor, atât în materia contractelor încheiate cu consumatorii, cât și în cea a contractelor încheiate între profesioniști, unificarea parțială a legislațiilor naționale realizată doar secvențial (pe segmente ale practicii contractuale) nu au constituit însă singura critică adusă procesului de armonizare realizat pe cale instituțională. S-a mai reproșat acestui proces că a produs chiar și un fenomen de „dezarmonizare”, prin transpunerea în practică a directivelor creându-se disparități în sânul sistemelor juridice naționale, acestea devenind complexe, pierzându-și coerența, datorită absenței unei a doua acțiuni de armonizare a însăși regulilor naționale care au rămas în afara câmpului directivelor¹.

Această situație este determinată în mare măsură și de Tratatul CE care nu s-a preocupat, inițial, și de armonizarea sistemelor juridice naționale într-o logică proprie dreptului contractelor, ci numai de dinamizarea pieței interne. Or, tocmai din această perspectivă s-a constatat că atingerea obiectivului armonizării nu a fost satisfăcătoare, așa încât, în lipsa unei mișcări de convergență, încheierea contractelor transfrontaliere a rămas apanajul marilor întreprinderi, iar întreprinderile mici și mijlocii și, implicit, consumatorii nu erau actori pe deplin implicați în piața internă. Adoptarea monedei comune „euro” și dezvoltarea comerțului electronic ar fi putut atenua această lipsă de coerență a normelor europene contractuale, dar acest lucru nu s-a putut realiza în condițiile sus-menționate, politica pieței interne nu a susținut acțiunea de armonizare, ci a condus doar la intruziunea legislației economice în practica contractuală².

Comisia Europeană a analizat în detaliu această situație critică prin elaborarea Comunicării din 11 iulie 2001 în care a fost relevată și competența sa limitată în materie. Această luare la cunoștință și recunoaștere sunt împărtășite și de Parlamentul European, comunicarea Comisiei Europene fiind rezultatul unor cereri convergente ale Parlamentului European și Consiliului European.³ Aceste două instituții au recunoscut necesitatea studierii apropierei legislațiilor statelor membre în materie civilă, iar Parlamentul European a evocat chiar un „Cod comun de drept privat”.

În concluzie, ținându-se seama de cele expuse mai sus, se poate constata că, la nivelul instituțiilor comunitare, s-a desfășurat o activitate de armonizare segmentară și artificială, puțin incitativă pentru încheierea contractelor transfrontaliere.

¹ A se vedea: W. van Gerven, *Rapport introductif*, în „L’harmonisation du droit des contrats en Europe”, p.5; C. Witz, *Rapport de synthèse*, în „L’harmonisation du droit des contrats en Europe”, *Economica* nr.2/2001 p.164.

² A se vedea L. Idot, *Droit communautaire et contrats*, în „Vers une culture juridique européenne”, nr. 5/1998, și 44/1998, Paris.

³ A se vedea în acest sens, Rezoluțiile A-2-157/89 și A3-0329/94 ale Parlamentului European, publicate în JOCE nr.158 din 26.06.1989, p. 400 și, respectiv, JOCE 205 din 25.07.1994, p. 518; precum și Concluziile Președinției Consiliului European de la Tampere din 15 și 16 octombrie 1999, 51 (1999) 800.

3. PRINCIPIILE REGLEMENTĂRII EUROPENE PRIVIND OBLIGAȚIILE CONTRACTUALE

Constatându-se faptul că în calea realizării unei veritabile unificării economico-sociale legislațiile naționale constituie adevărate bariere insurmontabile, s-a decis elaborarea unor norme de drept internațional privat uniforme sau chiar unificate.¹

Efortul statelor s-a concretizat în reglementarea regulilor procedurale privind competența instanțelor de judecată prin elaborarea Convenției de la Bruxelles din 27 septembrie 1968 asupra competenței judiciare și executării hotărârilor în materie civilă și comercială, precum și în unificarea normelor conflictuale în materia obligațiilor contractuale prin încheierea Convenției de la Roma din 1980 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale. Convenția de la Roma din 1980 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale a fost elaborată pentru a oferi statelor membre un sistem comun de soluționare a conflictelor de legi în materie de obligații contractuale, în cadrul preocupărilor de întărire a pieței unice europene. A intrat în vigoare abia la 1 aprilie 1991, după ce a fost ratificată de Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, fiind necesare, potrivit dispozițiilor finale, șapte instrumente de ratificare. Convenția este însoțită de două Protocoale care atribuie Curții de Justiție a Comunităților Europene competența pentru interpretarea acesteia, dar până în prezent aceste protocoale nu au intrat în vigoare, iar cel de-al treilea protocol, semnat în 1980 și completat în 1996, autorizează Danemarca, Suedia și Finlanda să continue a aplica normele naționale conflictuale în ceea ce privește transportul mărfurilor pe mare.

Aceste dispoziții au acționat ca un panaceu în materia contractelor, care s-a dovedit în timp insuficient în soluționarea problemelor complexe apărute în executarea contractelor transfrontaliere.

La data de 11 iulie 2001, Comisia de la Bruxelles a publicat un document important privind europenizarea dreptului contractelor², obiectiv care se dorește a fi concretizat într-un adevărat cod al contractelor³, devenind una dintre principalele preocupări ale membrilor Comunității Europene. În aceeași linie se înscriu și alte două documente deosebit de importante elaborate în 2003, anume Cartea Verde publicată în 14 ianuarie care stabilește cadrul general pentru dezbaterile privind transformarea Convenției de la Roma din 1980 într-un instrument juridic european și Comunicarea nr.68 din 12 februarie prin care se stabilește un Plan de Acțiune în vederea realizării unei mai mari coerențe a dreptului european al contractelor, pentru asigurarea bunei funcționări a pieței unice europene.

Astfel, s-a făcut remarcată din ce în ce mai mult ideea transformării Convenției de la Roma din 1980 în regulament, idee foarte bine primită în general, mai ales că statele membre nu au reușit să adopte măsurile necesare pentru intrarea în vigoare a Protocolului adițional al convenției, ceea ce ar fi creat posibilitatea sesizării Curții de Justiție a Comunităților Europene cu întrebări prejudiciale privind interpretarea ei.

Ca atare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 177/6 din 4 iulie 2008, a fost publicat Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I), care se înscrie în categoria

¹ P.Lagarde, *Développments futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, în *RabelsZ*, 2004, pp.225-243.

² V.Pătulea, Gh.Stancu, *Dreptul contractelor*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 363 și urm.

³ H.J. Sonnenberger, *L'uniformisation européenne du droit des contrats*, RCDIP 2002, pag. 407.

măsurilor cu impact transfrontalier privind cooperarea judiciară în materie civilă și comercială, pentru asigurarea unei bune funcționări a pieței interne unice. Regulamentul va înlocui Convenția de la Roma din 1980, fiind în vigoare din 24 iulie 2008, urmând să se aplice începând cu 17 decembrie 2009, cu excepția articolului 26, care se aplică din 17 iunie 2009.

Prevederile acestui regulament se aplică contractelor cu element de extraneitate în materie civilă și comercială, în situațiile care exista un conflict de legi. Însă, sunt excluse din domeniul de aplicare a Regulamentului:

- aspectele privind starea sau capacitatea persoanelor fizice;
- obligațiile rezultate din relații de familie și din relațiile care, în conformitate cu legea care le este aplicabilă, sunt considerate ca având efecte comparabile, inclusiv obligații de întreținere;
- obligațiile rezultate din aspectele patrimoniale ale regimurilor matrimoniale, din aspectele patrimoniale ale relațiilor care sunt considerate, în conformitate cu legea care le este aplicabilă, ca având efecte comparabile cu cele ale căsătoriei, precum și obligațiile care decurg din testamente și succesiuni;
- obligațiile rezultate din cambii, cecuri și bilete la ordin, precum și alte instrumente negociabile, în măsura în care obligațiile care decurg din astfel de instrumente negociabile derivă din caracterul lor negociabil;
- convențiile de arbitraj și convențiile privind alegerea instanței competente;
- aspectele reglementate de dreptul societăților comerciale și al altor organisme, constituite sau nu ca persoane juridice, (modul de înființare, capacitatea juridică, organizarea internă sau dizolvarea societăților și a altor organisme, constituite sau nu ca persoane juridice și răspunderea personală a asociaților și membrilor acestora pentru obligațiile societății sau ale organismului);
- puterile de reprezentare în contextul răspunderii persoanei reprezentate sau dacă un organ al unei societăți sau al altui organism, constituit sau nu ca persoană juridică, poate angaja față de terți răspunderea respectivei societăți sau a respectivului organism;
- constituirea de trusturi și raporturile dintre fondatorii, administratorii și beneficiarii acestora;
- obligațiile care decurg din înțelegeri care au avut loc înainte de semnarea unui contract;
- contractele de asigurare ce decurg din activități desfășurate de organizații, altele decât întreprinderile menționate la articolul 2 din Directiva 2002/83/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 5 noiembrie 2002 privind asigurarea de viață, al caror obiect este de a plăti indemnizații persoanelor angajate sau liber-profesioniste care aparțin unei întreprinderi sau grup de întreprinderi, ori unui sector profesional sau interprofesional, în caz de deces, supraviețuire, întrerupere sau reducere a activității, sau în caz de boală profesională sau provocată de accidente de muncă.

Regulamentul consacră principiul autonomiei de voință a părților în temeiul căruia acestea sunt libere să aleagă legea care va guverna contractul intervenit între ele. (articolul 3 din Regulament). Precizarea legii aplicabile trebuie să fie expresă sau să rezulte, cu un grad rezonabil de certitudine, din clauzele contractuale sau din împrejurările cauzei. De asemenea, părțile pot desemna legea aplicabilă întregului contract sau numai unei părți din acesta sau chiar să convină, în orice moment, să supună contractul altei legi decât cea care îl guverna anterior. Însă, orice modificare efectuată de părțile contractante cu privire la

legea aplicabilă, care intervine ulterior încheierii contractului, nu va aduce atingere validității formei contractului și nu va afecta în mod negativ drepturile terților.

În lipsa unei alegeri, atunci când legea aplicabilă nu poate fi stabilită prin încadrarea contractului într-unul din tipurile specificate în articolul 4 din regulament, nici ca fiind legea țării în care partea care trebuie să efectueze prestația caracteristică din contract își are reședința obișnuită, contractul va fi guvernat de legea țării cu care acesta are cele mai strânse legături. Pentru a determina această lege, trebuie să se țină cont, printre altele, de eventuala legătură a contractului cu un alt contract sau cu alte contracte. Astfel, conform articolului 4, în măsura în care legea aplicabilă contractului nu a fost aleasă și fără a aduce atingere prevederilor articolelor 5-8 (referitoare la contractul de transport, la contractele încheiate cu consumatorii, contractele de asigurare și cele individuale de muncă), legea aplicabilă contractului se va determina astfel:

- contractul de vânzare-cumpărare de bunuri este reglementat de legea țării în care își are reședința obișnuită vânzătorul, iar contractul de vânzare-cumpărare de bunuri la licitație este reglementat de legea țării în care are loc licitația, dacă se poate stabili care este acest loc;

- contractul de prestări de servicii este reglementat de legea țării în care își are reședința obișnuită prestatorul de servicii;

- contractul privind un drept real imobiliar sau privind dreptul de locațiune asupra unui imobil este reglementat de legea țării în care este situat imobilul;

- fără a contraveni mențiunilor de mai sus, contractul de locațiune având drept obiect folosința privată și temporară a unui imobil pe o perioadă de maximum 6 luni consecutive este reglementat de legea țării în care își are reședința obișnuită proprietarul, cu condiția ca locatarul să fie o persoană fizică și să își aibă reședința obișnuită în aceeași țară;

- contractul de franchising este reglementat de legea țării în care își are reședința obișnuită franchisee-ul (beneficiarul francizei);

- contractul de distribuție este reglementat de legea țării în care își are reședința obișnuită distribuitorul;

- iar orice contract încheiat în cadrul unui sistem multilateral, care reunește sau facilitează reunirea de interese multiple de vânzare-cumpărare de instrumente financiare ale tertilor, astfel cum sunt definite la articolul 4 alineatul (1) punctul 17 din Directiva 2004/39/CE, în conformitate cu normele nediscreționare, și care este reglementat de o lege unică, este reglementat de legea respectivă.

În cazul în care contractului în speță nu i se aplică prevederile menționate mai sus sau este constituie o operațiune juridică deosebit de complexă care reunește trăsăturile mai multor tipuri de contracte speciale avute în vedere de legiuitorul comunitar și în consecință este guvernat deopotrivă de mai multe dispoziții dintre cele la care facem referire, contractul va fi reglementat de legea țării în care își are reședința obișnuită partea contractantă care efectuează prestația caracteristică. Observăm că și în acest caz se aplică principiul consacrat de normele internaționale uniforme sau unificate potrivit cu care în tăcerea părților, contractul intervenit între ele, având un element de extraneitate, va fi guvernat de legea debitorului prestației caracteristice.

Prin urmare caracteristica principală a sistemului stabilit de Regulament este principiul libertății de a alege, prin care părțile sunt libere să stabilească normele materiale aplicabile contractului lor. Libertatea de care dispun părțile este considerabilă: acestea pot alege orice

sistem de drept, chiar dacă nu are legătură cu obiectul contractului lor și pot, de asemenea, să schimbe oricând legea aleasă inițial.

În articolul 6 din regulament este reglementată modalitatea de stabilire a legii aplicabile în cadrul contractelor încheiate cu consumatori. Potrivit acestui text, consumatorii trebuie să fie protejați de legea în vigoare în țara în care locuiesc în situația în care încheie cu comercianții contracte transfrontaliere în spațiul Uniunii Europene, dacă părțile nu decid să procedeze altfel. Dacă ei decid să aplice altă lege, consumatorului trebuie să i se recunoască cel puțin aceleași drepturi pe care le-ar avea sub protecția legii sale naționale. Evident, în situația în care contractul se încheie între doi comercianți, ei pot să aleagă ori ce lege doresc, iar în tăcerea părților, noul text normativ european prevede că legea care se va aplica se stabilește în conformitate cu tipul de contract ce s-a încheiat.

4. CONCLUZII

Odată cu adoptarea Regulamentului (CE) nr.593/2008 denumit în doctrină Roma I, care armonizează regulile privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale, Uniunea Europeană conferă cetățenilor și persoanelor juridice posibilitatea să opereze pe teritoriul lor cu un set de norme conflictuale absolut necesare în sfera dreptului privat. Această reglementare oferă siguranța legală atât de necesară tranzacțiilor comerciale de natură transfrontalieră, al căror număr este în continuă creștere. Legea aplicabilă obligațiilor contractuale constituie un domeniu de referință pentru legislația europeană, impactul acesteia fiind covârșitor având în vedere multitudinea și complexitatea raporturilor juridice stabilite între operatorii de comerț, între aceștia și consumatori și producători.

Acest nou instrument legislativ european constituie fundamentul unei armonizări reale a legislației statelor membre UE, având în vedere faptul că este de aplicabilitate directă și imediată, fără a mai fi necesară parcurgerea unui proces de transpunere în legislația internă în conformitate cu reguli constituționale diferite și obstrucționale, adesea. Regulamentul Roma I este deja parte a *acquis*-ului comunitar motiv pentru care capătă o importanță practică deosebită ținând cont de faptul că vizează o piață internă formată din 27 de membri statali.

BIBLIOGRAFIE

Putman,E., *L'influence du droit communautaire en droit privé français*, în „Revue de la recherche juridique-Droit prospectif”, 1997

Quigley,C., *Droit communautaire des contrats. L'effet du droit communautaire sur les obligations contractuelles*, Bruxelles, 1998

Huet, J., *Les sources communautaires du droit des obligations*, LGDJ, Paris, 1997

Schapia,J., Tallec,G., Blaise,J.R., Idot,L., *Droit européen des affaires*, PUF, 1999, tome I

Lagarde,P., *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification:quelques conjectures*, în RabelsZ, 2004

Pătulea,V., Stancu, Gh., *Dreptul contractelor*, Ed. C.H. Beck, București, 2008

Sonnenberger, H.J., *L'uniformisation européenne du droit des contrats*, RCDIP 2002,

Rideau,J., *Droit institutionnel de l'Union et des communautés européennes*, LGDJ, Paris, 2002

de Motos, Anne-Marie, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union Européenne*, PUAM, Paris, 2001.

Bourgoignie,T., *L'impact du droit européen de la consommation sur le droit privé des Etats membres*, în „L'harmonisation du droit des contrats en Europe”, *Economica* nr.2/2001

F. Osman (coordonator) *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, 1990.

Ferrier,D., *La politique d'harmonisation du droit des contrats de la distribution en Europe*, în „L'harmonisation du droit des contrats en Europe”, *Economica* nr. 2/2001,

van Gerven,W., *Rapport introductif*, în „L'harmonisation du droit des contrats en Europe”,

Witz,C., *Rapport de synthèse*, în „L'harmonisation du droit des contrats en Europe”, *Economica* nr.2/2001

Idot, L., *Droit communautaire et contrats*, în „Vers une culture juridique européenne”, nr. 5/1998, și 44/1998, Paris.

CJCE, Decizia din 30 aprilie 1998, pronunțată într-o cerere prejudicială, în cauza Cabour, C-230/96, citată în *Contrats. Concurrence. Consommation*, 1998, cu observații de L. Vogel.

Rezoluțiile A-2-157/89 și A3-0329/94 ale Parlamentului European, publicate în JOCE nr.158 din 26.06.1989, p. 400 și, respectiv, JOCE 205 din 25.07.1994, p. 518; precum și Concluziile Președinției Consiliului European de la Tampere din 15 și 16 octombrie 1999, 51 (1999) 800.

VENITURILE SALARIALE NESUPUSE IMPOZITĂRII REGLEMENTATE DE CODUL FISCAL

Lector univ. dr. MĂGUREANU POPTEAN GEORGE
Universitatea Romano – Americana

Potrivit prevederilor art. 55 alin. 1) Cod fiscal¹, sunt considerate venituri din salarii toate veniturile în bani și/sau în natură obținute de o persoană fizică ce desfășoară o activitate în baza unui contract individual de muncă sau a unui statut special prevăzut de lege, indiferent de perioada la care se referă, de denumirea veniturilor ori de forma sub care ele se acordă, inclusiv indemnizațiile pentru incapacitate temporară de muncă.

Făcând o precizare cu privire la reglementarea fiscală a noțiunii de venituri salariale, din dorința poate exagerată, de a preveni posibile anomalii și scăpări în declararea și mai ales, impozitarea acestui tip de venituri, apreciem că se denaturează adevărata sorginte a acestora.

În ceea ce privește aspectul doctrinar, unii specialiști² consideră că salariul este un element esențial al contractului de muncă, o parte componentă a obligațiilor asumate de angajator și a cauzei juridice a obligației persoanei angajate, constituind în același timp, totalitatea drepturilor bănești cuvenite pentru munca prestată.

Vorbind despre natura juridică a acestor venituri, în primul rând trebuie să avem în vedere confuzia pe care chiar Codul fiscal o face, atunci când reglementează veniturile salariale impozabile și excepțiile de la această regulă, respectiv veniturile salariale neimpozabile.

Deși se încearcă delimitarea sumelor de bani primite cu titlu de salariu și celor asimilate acestora, pe de o parte, de veniturile nesupuse impozitării, pe de altă parte, Codul fiscal mai mult subliniază asemănarea între aceste categorii, probabil tocmai din cauza izvoarelor lor comune, respectiv raporturile de muncă și cele conexe acestora.

Încercând să ne delimităm de această confuzie, nu putem ignora sursa, comună, din care reies cele două categorii de venituri, la prima vedere fiind caracterizate de unele deosebiri, dar în esență, extrem de diferite.

În privința acestui tip particular de venituri, trebuie să spunem că ele sunt excluse de la baza de impozitare din mai multe rațiuni.

Unul dintre motive ar fi că, în ceea ce privește natura juridică a veniturilor salariale excluse de la impozitare, baza lor de pornire este aceeași cu cea a sumelor de la care se exclud.

În al doilea rând, având în vedere diversitatea sub care se manifestă în actualul context al pieței muncii, raporturile juridice de muncă sunt de fapt cele de la care au plecat aceste reglementări.

¹ Codul fiscal al României, adoptat prin Legea nr. 571/2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 927 din 23 decembrie 2003, a intrat în vigoare la 01 ianuarie 2004, suferind până la această dată nu mai puțin de 35 de modificări majore.

² Alexandru Țiclea, Andrei Popescu, Mărioara Țichindelean, Constantin Tufan, Ovidiu Ținca, *op. cit.* pag. 548

În intenția sa de a delimita veniturile de sorginte strict salarială de cele care nu au ori nu ar avea vreo conexiune cu munca, legiuitorul pare să delimiteze principiile de natură socială precum și pe cele de interes economic ce ar crea o asemenea separare.

Bunăoară, apreciem că între venitul dat de contravaloarea cheltuielilor de deplasare pentru transportul între localitatea în care salariații își au domiciliul și localitatea unde se află locul de muncă al acestora, la nivelul unui abonament lunar, pe de o parte și sumele de bani primite cu titlu de salariu, pe de alta, nu se poate iniția o distanțare de genul excluderii totale a primului din al doilea, întrucât ambele au la bază raporturile colective ori individuale de muncă, ambele sunt caracterizate de interdependență.

Mai mult decât atât, tocmai contractul individual de muncă și plata veniturilor salariale, dau posibilitatea legală ori convențională salariatului să beneficieze de asemenea drepturi accesorii celor salariale.

Ceea ce intenționăm a demonstra este faptul că, veniturile salariale supuse impozitării și cele exceptate de la acest proces, sunt în esență, caracterizate de o natură comună, din punct de vedere juridic.

Un alt motiv al naturii juridice comune a celor două categorii de venituri este tocmai accesorialitatea unora față de celelalte. Dacă nu ar exista raporturi de muncă între salariat și angajator, care să dea dreptul ambelor părți la drepturi și obligații reciproce, nici primul nu ar putea beneficia, de pildă, de indemnizația de instalare la locul de muncă și nici angajatorul nu ar fi obligat să asigure salariatului echipamentul de protecție necesar sau contravaloarea acestuia, față de salariat.

Din punctul nostru de vedere, corelativitatea acestor drepturi și obligații, este esențială atât pentru părțile implicate în complexe raporturi de muncă, dar și între ele, pe de o parte și stat, pe de alta.

Poate tocmai din acest motiv, legiuitorul a înțeles să facă distincție între veniturile de care efectiv și în mod direct se bucură o persoană ce are calitatea de salariat și veniturile care nu fac altceva decât să dea acestuia, precum și angajatorului, posibilitatea, să se bucure de un regim de muncă protejat și sigur, din punct de vedere al protecției muncii, de pildă, dar mai ales din punctul de vedere al protecției sociale, dacă ne gândim la sumele reprezentând plăți compensatorii primite de persoanele ale căror contracte individuale de muncă au fost desfăcute ca urmare a concedierilor colective (art. 55 alin. 4. Lit. j) sau lit. k).

În sprijinul celor afirmate vin și dispozițiile Normelor metodologice¹ de aplicare a Codului fiscal, care de pildă, la punctul 84 exemplifică și lămuresc totodată asemenea situații: „Nu sunt venituri impozabile: contravaloarea echipamentelor tehnice primite de salariat sub formă de aparatură, dispozitive, unelte, alte mijloace asemănătoare, necesare în procesul muncii sau contravaloarea echipamentului individual de protecție cu care este dotat fiecare participant în procesul muncii pentru a fi protejat împotriva factorilor de risc...”, iar exemplificările în acest sens ar putea continua.

În privința clasificării acestor venituri, le vom examina pe fiecare în parte, având în vedere, în mod deosebit, caracterul enumerativ al prevederilor art. 55 din Codul fiscal.

A. La lit. (a) a alin. (4) din art. 55 se prevede că nu sunt incluse în veniturile salariale și că nu sunt impozabile, în sensul impozitului pe venit, ajutoarele de înmormântare,

¹ Norma metodologică din 22 ianuarie 2004 de aplicare a Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal, modificată ulterior, inclusiv prin Hotărârea Guvernului nr. 192/2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 143 din 09 martie 2009.

ajutoarele pentru pierderi produse în gospodăriile proprii ca urmare a calamităților naturale, ajutoarele pentru bolile grave și incurabile, ajutoarele pentru naștere, veniturile reprezentând cadouri pentru copiii minori ai salariaților, cadourile oferite salariaților, contravaloarea transportului la și de la locul de muncă al salariatului, costul prestațiilor pentru tratament și odihnă, inclusiv transportul pentru salariații proprii și membrii de familie ai acestora, acordate de angajator pentru salariații proprii sau alte persoane, astfel cum este prevăzut în contractul de muncă.

De asemenea, cadourile oferite de angajatori în beneficiul copiilor minori ai salariaților, cu ocazia Paștelui, zilei de 1 iunie, Crăciunului și a sărbătorilor similare ale altor culte religioase, precum și cadourile oferite salariaților cu ocazia zilei de 8 martie sunt neimpozabile, în măsura în care valoarea cadoului oferit fiecărei persoane, cu orice ocazie din cele de mai sus, nu depășește 150 Lei.

Nu sunt incluse în veniturile salariale și nu sunt impozabile nici veniturile de natura celor prevăzute mai sus, realizate de persoane fizice, dacă aceste venituri sunt primite în baza unor legi speciale și finanțate din buget.

De-a lungul timpului, aceste reglementări au suferit modificări majore, atât în privința formei cât și a fondului lor.

De pildă, inițial, la momentul adoptării Codului fiscal la sfârșitul anului 2003, textul prezentat mai sus se regăsea reglementat de art. 56.

Pe de altă parte, datorită unor factori obiectivi precum inflația, puterea de cumpărare dată de moneda națională sau creșterea nivelului veniturilor, plafonul valoric al acestor sume a fost majorat treptat (1.200.000 lei vechi (120 lei noi) în 2003 și 150 lei noi în 2007) cu 25%, față de valoarea inițială.

Întorcându-ne și mai mult în timp, încă din anul 1954, prin Decretul nr. 153/1954¹, s-a reglementat asemenea excluderi din categoria veniturilor salariale impozabile, precum:

A) premiile și recompensele individuale ocazionale, care nu constituiau drepturi certe pentru muncitori și funcționari și a căror acordare se făcea pe baza aprecierii conducerii administrative a angajatorului.

Evident că, în spiritul pur socialist, caracteristic acelei perioade, erau scutite de la plata impozitului premiile și recompensele acordate din fondul ministrului, din fondul directorului sau din fondul președintelui și premiile acordate de Guvern în mod global unei întreprinderi sau instituții fruntașe.

O condiție esențială a acestor premii și recompense era aceea de a fi repartizate pe salariați, practic urmărindu-se o remunerare a colectivului și nu a individului.

Enumerarea anterioară nu era una limitativă, aplicarea regulii excluderii fiind extinsă tuturor premiilor și recompenselor a căror plată nu constituia o obligație pentru administrație.

Demn de subliniat este faptul că, deși din Decretul nr. 153/1954 nu reieșea acest lucru, Instrucțiunile nr. 290/1954² au venit să adauge și să sublinieze faptul că „premiile acordate de persoane, întreprinderi sau asociații particulare, sunt întotdeauna impozabile, indiferent de modul și criteriile de acordare.”, discrepanță ce, la ora actuală, ar fi de neconceput.

¹ Decretul nr. 153 din 28 aprilie 1954 privitor la impozitul pe veniturile populației, publicat în Buletinul Oficial al României, nr. 22 din 11 mai 1954.

² Instrucțiuni nr. 290/1954 din 17 mai 1954 date în aplicarea Decretului nr. 153 din 28 aprilie 1954 privitor la impozitul pe veniturile populației.

B) sumele ce se plăteau în baza dispozițiilor legale în vigoare pentru acoperirea cheltuielilor de deplasare sau transferare a muncitorilor și funcționarilor în altă localitate, în interesul serviciului, precum și indemnizațiile de instalare ce se plăteau la încadrarea în funcție.

Un aspect specific acelei perioade, ce nu s-a păstrat reglementat în actuala legislație este acela că nu erau cuprinse în câștigul impozabil, sumele plătite muncitorilor și funcționarilor pentru întreținerea mijloacelor proprii de transport, folosite în îndeplinirea serviciului.

Practic, această decontare se producea prin efectul legii, nemaifiind necesară încheierea unor convenții de acest gen între salariat sau angajator, cum ar fi, de exemplu, un contract de comodat.

De asemenea, iarăși avem de-a face cu o caracteristică a epocii socialiste. Afirmăm aceasta, întrucât, se menționa expres că nu erau cuprinse în câștigul impozabil decât sumele cu titlu de cheltuielilor de deplasare, detașare, sau transferare în altă localitate, plătite muncitorilor și funcționarilor de către întreprinderi, instituții și organizații din sectorul socialist.

Așa cum am menționat mai sus, această reglementare discriminatorie nu ar mai fi posibilă astăzi, având în vedere unul dintre principiile fundamentale ce stau la baza fiscalității, prevăzut de art. 3 din Codul de procedură fiscală¹, respectiv principiul aplicării unitare a legislației.

C) preavizele de concediere și ajutoarele acordate muncitorilor și funcționarilor.

Se încadrau în această categorie ajutoarele pentru alăptare, rufărie, înmormântare, ajutoarele excepționale și altele, de asemenea acordate în baza legilor de ajutor și protecție a muncitorilor și funcționarilor și care nu erau calculate în funcție de salariu.

De asemenea, nu se impuneau ajutoarele acordate din fondul ministrului, directorului sau președintelui.

D) sumele ce se plăteau muncitorilor și funcționarilor pentru utilizarea uneltelor ce le aparțineau.

Astfel, salariații beneficiau de restituirea contravalorii uneltelor ce le aparțineau și pe care le utilizau, cărora le acordau o întrebuințare în interesul muncii prestate și implicit, al angajatorului.

Așadar, în compunerea câștigului lunar al salariaților nu se includeau sumele astfel achitate, ele urmând a fi deduse sau amortizate de către angajator, în funcție de valoare.

Revenind la reglementarea actuală, pentru o mai bună înțelegere a acestor prevederi, trebuie menționat că ajutoarele de înmormântare sunt venituri neimpozabile atât în cazul salariatului, cât și în cazul altor persoane, potrivit clauzelor din contractele de muncă sau prevederilor din legi speciale iar plafonul stabilit pentru cadourile oferite de angajatori copiilor minori ai salariaților cu ocazia Paștelui, zilei de 1 iunie, Crăciunului și a sărbătorilor similare ale altor culte religioase, precum și pentru cadourile oferite salariaților cu ocazia zilei de 8 martie se aplică atât darurilor constând în bunuri, cât și celor în bani, în cazul tuturor angajatorilor de forță de muncă.

¹ Codul de procedură fiscală a fost aprobat prin Ordonanța Guvernului nr. 92 din 24 decembrie 2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 941 din 29 decembrie 2003, a fost republicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 513 din 31 iulie 2007, a fost modificat ulterior, inclusive prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 249 din 14 aprilie 2009.

Exprimarea „... ajutoarele... se aplică... în cazul tuturor angajatorilor de forță de muncă.”, utilizată de Codul fiscal actual, vine în completă concordanță cu principiul aplicării unitare a legislației fiscale, atât în ceea ce privește angajatorii publici cât și pe cei privați.

Totodată, plafonul de 150 lei este aplicabil fiecărei situații în parte, nefiind cumulate sumele astfel încât să se ajungă la situația în care, pentru toate ocaziile, să se acorde această sumă.

B. În cazul dispozițiilor lit. (a¹) a alin. (4) din art. 55, referitoare la tichetele de creșă, trebuie să spunem că această prevedere este relativ nouă, intrând în vigoare de la 1 ianuarie 2007, prin Legea nr. 343/2006¹, pentru modificarea și completarea Codului fiscal.

Ca un aspect comparativ, tichetele de creșă au apărut pentru prima dată în Marea Britanie, în 1989, numărul de utilizatori ai tichetelor fiind de 16.000 în anul 2003, unul din avantajele fiscale pentru angajator, în cazul Angliei, constând în excluderea sa de la plata asigurărilor sociale.

În ceea ce privește tratarea acestora în mod distinct de tichetele cadou, nu o vedem oportună, întrucât, din punct de vedere legislativ, norma generală în această materie, respectiv Legea nr. 193/2006² privind acordarea tichetelor cadou și a tichetelor de creșă, potrivit denumirii, le reglementează pe amândouă la unison.

De altfel, și noi vom adopta aceeași optică, în ceea ce privește comentariile aduse.

Rezultă că, potrivit art. 1 din Legea nr. 193/2006, fac parte din categoria angajatorilor, următoarele entități: regiile autonome, societățile și companiile naționale, societățile comerciale, indiferent de forma juridică de organizare și de forma de proprietate, instituțiile din sectorul bugetar, definite de legea privind finanțele publice și de legea privind finanțele publice locale, indiferent de sistemul de finanțare și subordonare, inclusiv cele care se finanțează integral din venituri proprii, instituțiile financiare și instituțiile de credit, organizațiile cooperatiste, societățile agricole și alte forme de asociere agricolă cu personalitate juridică, organizațiile nonprofit, precum și orice altă entitate care are statutul legal de persoană juridică constituită potrivit legislației române, persoanele fizice care încadrează personal pe bază de contract individual de muncă.

Remarcăm încă o dată, coexistența acordării unor ajutoare de ordin social cu cea a contractului individual de muncă, fapt ce susține opinia mai sus prezentată, conform căreia, aceste ajutoare sunt de natură pur salarială.

Totodată, este de precizat că, interpretând aceste dispoziții speciale, înțelegem că salariații care beneficiază de tichete cadou, pot primi, în același timp și tichete de creșă pentru creșterea copilului până la împlinirea vârstei de 3, care se asigură integral din costuri de către angajator.

Tichetele de creșă se acordă la cerere, unuia dintre părinți sau celui căruia i s-au încredințat copii spre creștere și educare ori în plasament familial, pe baza livretului de familie, în limita prevederilor bugetului de stat sau, după caz, ale bugetelor locale, pentru

¹ Legea nr. 343/2006 pentru modificarea și completarea Codului fiscal, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 662 din 1 august 2006.

² Legea nr. 193/2006 privind acordarea tichetelor cadou și a tichetelor de creșă, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 446 din 23 mai 2006, modificată ulterior, inclusiv prin Ordinul Ministerului Muncii, Familiei și Protecției Sociale nr. 652/2007, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 499 din 25 iulie 2007.

unitățile din sectorul bugetar și, potrivit Legii nr. 193/2006, pentru celelalte categorii de angajatori, în limita bugetului de venituri și cheltuieli aprobat.

Salariații care sunt beneficiari ai tichetelor de creșă pot de asemenea, să beneficieze și de tichete cadou¹.

În privința instituțiilor din sectorul bugetar, acestea acordă tichete de creșă, indiferent de sistemul de finanțare și subordonare (mai puțin cele care se finanțează integral din venituri proprii) în limita sumelor destinate acoperirii nominale a tichetelor de creșă prevăzute într-o poziție distinctă de cheltuieli denumită "Tichete de creșă" în bugetele de venituri și cheltuieli proprii aprobate potrivit legii, potrivit prevederilor bugetului de stat sau, după caz, ale bugetelor locale la articolul bugetar "Tichete de creșă".

Pentru celelalte categorii de angajatori, inclusiv pentru instituțiile din sectorul bugetar care se finanțează integral din venituri proprii, tichetele de creșă se acordă în limita sumelor destinate acoperirii valorii nominale a tichetelor de creșă prevăzute în bugetele de venituri și cheltuieli aprobate potrivit legii, într-o poziție distinctă de cheltuieli denumită "Tichete de creșă".

La determinarea sumelor destinate acoperirii valorii nominale a tichetelor de creșă se iau în calcul factori precum valoarea lunară a tichetului de creșă, numărul de salariați care vor beneficia de tichete de creșă și numărul de luni aferent perioadei pentru care se acordă aceste tichete.

Art. 4 alin. (3) din legea nr. 193/2006, prevede că tichetele de creșă se acordă numai salariaților care nu beneficiază de concediul și de indemnizația acordate pentru creșterea copilului în vârstă de până la 2 ani, sau de până la 3 ani în cazul copilului cu handicap.

Totodată, valoarea tichetelor de creșă se cumulează cu alocația de stat pentru copii acordată conform prevederilor Legii nr. 61/1993² privind alocația de stat pentru copii, republicată, și cu stimulentele care se acordă la reluarea activității în conformitate cu prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 148/2005³ privind susținerea familiei în vederea creșterii copilului, modificată și completată.

În acest context, valoarea acestor tichete, la data intrării în vigoare a Legii nr. 193/2006, valoarea nominală a tichetelor de creșă era în sumă de 300 lei pentru o lună, pentru fiecare copil, iar ulterior, Ministerul Muncii, Familiei și Protecției Sociale, prin Ordinul nr. 652/2007⁴, a majorat valoarea sumei lunare care se acordă sub formă de tichete

¹ Ion Traian Ștefănescu, *op. cit.*, pag. 595; Nicolae Voiculescu, *Dreptul muncii. Reglementări interne și comunitare*, Editura Wolters Kluwer, București, 2007, pag. 346.

² Legea nr. 61/1993 privind alocația de stat pentru copii, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 145 din 28 februarie 2007, modificată ulterior, inclusive prin Legea nr. 175/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 710 din 20 octombrie 2008. A se vedea și Hotărârea Guvernului nr. 1662/2008, privind majorarea cuantumului lunar al alocației de stat pentru copii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 844 din 16 decembrie 2008.

³ Ordonanță de urgență a Guvernului nr. 148/2005 privind susținerea familiei în vederea creșterii copilului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1008 din 14 noiembrie 2005, modificată ulterior, inclusiv prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 226/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 899 din 31 decembrie 2008.

⁴ A se vedea Ordinul Ministerului Muncii, Familiei și Protecției Sociale nr. 23/2009 entru stabilirea valorii sumei lunare indexate care se acordă sub formă de tichete de creșă pentru semestrul I 2009, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 39 din 21 ianuarie 2009.

de creșă, pentru semestrul al II-lea al anului 2007, la 320 lei/lună¹, pentru 2008 aceasta cifrându-se la valoarea de 330 lei².

Ca regulă generală, la calculul valorii sumei lunare indexate semestrial, acordată sub formă de tichete de creșă, se vor utiliza reguli precum indicele inflației, respectiv indicele prețurilor de consum realizat, cu perioadă de referință luna mai a fiecărui an.

La momentul intrării în vigoare a acestei legi, respectiv 26 mai 2006, art. 12 menționa expres că sumele aferente tichetelor de creșă acordate de angajator, în limitele valorii nominale menționate, se încadrau în categoria cheltuielilor sociale deductibile limitate.

Ulterior însă, prin art. 6 din aceeași Lege nr. 343/2006, de modificare a Codului fiscal, se abrogă mențiunile exprese de deductibilitate integrală a acestor cheltuieli, rămânând însă dispozițiile din Codul fiscal, respectiv art. 55 alin. 4) lit. (a¹) prin care își produc efectele în mod deplin.

Ca în multe alte situații și angajatorul are rolul său important și deopotrivă activ și în aceste situații. Împreună cu organizațiile sindicale legal constituite sau cu reprezentanții salariaților, după caz, angajatorii vor prevedea reguli referitoare la stabilirea concretă a activităților, destinațiilor și evenimentelor care se încadrează în cheltuielile sociale, pentru care se vor acorda salariaților tichete cadou și tichete de creșă și care vor face obiectul contractelor comerciale de prestări de servicii cu unitățile emitente de tichete de creșă și de tichete cadou.

C. Tichetele de cadouri au fost lansate în România, pentru prima dată, în aprilie 2003, fiind introduse în oferta tuturor emitenților de tichete de masă.

Adoptarea legii nr. 195/2006 privind acordarea tichetelor cadou și a tichetelor de creșă în ultima ședința din 2005 a Senatului, a dus la o legalizare a pieței bonurilor cadou.

În același timp, s-a stabilit de comun acord, unitatea emitentă a tichetelor de creșă cu care se va contracta prestarea serviciilor corespunzătoare și a tichetelor cadou în cazul cheltuielilor sociale precum și a unităților emitente de tichete de creșă cu care s-a contractat prestarea serviciilor corespunzătoare, în cazul în care copiii salariaților sunt înscriși la creșe care au încheiate contracte comerciale de prestări de servicii cu unități emitente diferite.

Nu se pot omite stabilirea valorii lunare a tichetelor cadou, a valorii lunare a tichetelor de creșă, data la care acestea se distribuie salariaților, criteriile de selecție privind stabilirea salariaților care primesc tichete cadou și/sau tichete de creșă, ținând seama de condițiile concrete de lucru în care își desfășoară activitatea unele categorii de salariați, de prioritățile socioprofesionale și de alte elemente specifice activității, documentația pe care trebuie să o prezinte salariatul angajatorului în vederea acordării de tichete de creșă, criteriile și perioadele pentru care salariații nu primesc tichete cadou și tichete de creșă (vacanțele copiilor sau perioadele de concediu) precum și criteriile de stabilire a unității emitente cu care vor contracta achiziționarea tichetelor cadou și/sau a tichetelor de creșă.

¹ A se vedea Ordinul Ministerului Muncii, Familiei și Protecției Sociale nr. 652/2007, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, privind stabilirea valorii sumei lunare indexate care se acordă sub formă de tichete de creșă pentru semestrul al II-lea 2007, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 499 din 25 iulie 2007.

² A se vedea Ordinul Ministerului Muncii, Familiei și Protecției Sociale nr. 25/2008 privind stabilirea valorii sumei lunare indexate care se acordă sub formă de tichete de creșă pentru semestrul I 2008, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 56 din 24 ianuarie 2008.

Apreciem că, acestor forme de sprijin social le este acordată importanța cuvenită numai din punct de vedere al reglementării legislative, întrucât, mai ales în privința unităților din sectorul bugetar, la nivel practic lucrurile stau cu totul altfel, având în vedere caracterul facultativ al acordării acestora de către angajatori.

De pildă, potrivit Ordinului nr. 1560/2007¹, emis de Ministrul Economiei și Comerțului, din cele 13 companii și societăți naționale aflate în subordinea sa, numai două, respectiv Transelectrica și Hidroelectrica, au cuprins în bugetul de venituri și cheltuieli pe anul 2007, sume ce fac obiectul tichetelor cadou sau de creșă.

Un alt exemplu ilustrativ este Ordinul nr. 1108/2007², emis de directorul Serviciului Român de Informații, care nu prevede nici un ban în Bugetul de venituri și cheltuieli, pentru capitolele referitoare la tichete cadou sau de creșă, iar exemple de acest gen sun caracteristice întregului palier al angajatorilor publici.

Ceea ce este încurajator este faptul că, potrivit negocierilor purtate de Confederațiile patronale cu cele sindicale reprezentative, în Contractul colectiv de muncă unic la nivel național pe anii 2007-2010³, în art. 42 alin. (2), s-au prevăzut ca făcând parte din alte categorii de venituri și tichetele cadou și de creșă.

Aceste dispoziții au rămas doar la stadiul de aspecte teoretice, dar negociate!

Foarte important este că acești angajatori nu sunt obligați în a acorda aceste facilități, ele fiind opționale, după cum reiese din conținutul textului de lege susmenționat.

Angajatorul, poate stabili criterii de selecție privind stabilirea unității emitente a tichetelor de creșă, privind stabilirea salariaților care primesc tichete, criterii și perioade pentru care salarii nu primesc tichete de creșă.

Pentru celelalte categorii de angajatori, inclusiv pentru instituțiile din sectorul bugetar care se finanțează integral din venituri proprii, tichetele de creșă se acordă în limita sumelor destinate acoperirii valorii nominale a tichetelor de creșă prevăzute în bugetele de venituri și cheltuieli aprobate potrivit legii, într-o poziție distinctă de cheltuieli denumită "Tichete de creșă".

D. Potrivit prevederilor alin. (4) lit. (b) al aceluiași articol 55 din Codul fiscal, tichetele de masă acordate de angajatori salariaților, fac și ele parte din aceeași categorie de alocații sociale.

În această categorie sunt incluse: alocația individuală de hrană acordată sub forma tichetelor de masă, primită de salariați și suportată integral de angajator; alocațiile zilnice de hrană pentru activitatea sportivă de performanță, internă și internațională, diferențiată pe categorii de acțiuni; contravaloarea hranei, alimentelor sau numerarul acordat sportivilor

¹ A se vedea Ordinul Ministerului Economiei și Comerțului nr. 1560/2007 privind aprobarea bugetelor de venituri și cheltuieli pe anul 2007 pentru companiile, societățile naționale și societățile comerciale, aflate sub autoritatea sau în coordonarea Ministerului Economiei și Comerțului, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 261 din 18 aprilie 2007.

² A se vedea Ordinul Ministerului Economiei nr. 1108/2007 pentru aprobarea bugetului de venituri și cheltuieli pe anul 2007 al Regiei Autonome "Rasirom", publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 169 din 09 martie 2007 și Ordinul Ministerului Economiei nr. 585/2009 privind aprobarea regulamentului de organizare și funcționare și a structurii organizatorice ale Agenției Române pentru Dezvoltarea Durabilă a Zonelor Industriale – ARDDZI, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 196 din 27 martie 2009.

³ A se vedea Contractul colectiv de muncă unic la nivel național pe anii 2007-2010 nr. 2895/2006, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 5 din 29 ianuarie 2007.

pentru asigurarea alimentației de efort necesare în perioada de pregătire; drepturile de hrană în timp de pace, primite de personalul din sectorul de apărare națională, ordine publică și siguranță națională; alte drepturi de această natură primite potrivit actelor normative specifice, cum ar fi: alocația de hrană zilnică pentru personalul navigant și auxiliar îmbarcat pe nave, alocația zilnică de hrană pentru consumurile colective din unitățile bugetare și din regiile autonome ori societățile comerciale cu specific deosebit, alocația de hrană acordată donatorilor onorifici de sânge, alocația de hrană pentru consumurile colective din unitățile sanitare publice și altele asemenea.

Sediul materiei în acest domeniu este Legea nr. 142/1998¹, privind acordarea tichetelor de masă.

La acel moment, Legea nr. 142/1998 a reprezentat o premieră în acest domeniu, fiind pentru prima dată când Legislativul a reglementat un asemenea posibil beneficiu pentru personalul salariat.

Celorlalte două tipuri de tichete, și cele de masă pot beneficia salariaților din cadrul societăților comerciale, regiilor autonome și din sectorul bugetar, precum și din cadrul unităților cooperatiste și al celorlalte persoane juridice sau fizice care încadrează personal prin încheierea unui contract individual de muncă.

Tichetele de masă, reprezintă de fapt, o alocație individuală de hrană, acordată sub această formă, suportată integral pe costuri de angajator.

Și în acest caz, acordarea tichetelor de masă este lăsată la latitudinea angajatorilor.

Totuși, pentru forța de muncă salarizată, spre deosebire de cele două situații mai sus prezentate, organizațiile sindicale și salariații, indiferent de forma lor de organizare, au reușit de-a lungul timpului să transforme facultativitatea acestor prevederi legale în obligații convenționale, stabilite prin contractele colective de muncă de la toate nivelurile.

Mai mult, presiunea sindicală și salarială aplicată deciziei Executivului dar și factori precum indexarea bonurilor de masă cu valoarea inflației, au făcut ca valoarea acestora să crească de la 1,6 lei în semestrul I al anului 1999 la 7,41 lei pentru semestrul II al anului 2007.

Tichetele de masă au fost gândite, încă de la început, ca o formă de asistență socială oferită salariaților, din acest motiv valoarea lor fiind deductibilă din impozitul pe profit al angajatorului.

În primă fază, numărul tichetelor de masă și suma lor erau stabilite de Ministerul de Finanțe. Din anul 2005 însă, Ministerul de Finanțe nu a mai impus anumite cote de piață fiecărui furnizor de astfel de servicii.

Din 4,6 milioane de salariați oficial, aproximativ două milioane au beneficiat în anul 2005 de tichete de masă, în marea lor majoritate fiind angajați ai companiilor private.

Piața este însă în creștere, mai ales că decizia legislativului de a aproba apariția tichetelor de creșă, un stimulent de 300 lei, pentru ca mamele să se întoarcă la muncă mai devreme și legalizarea bonurilor cadou a trezit interesul mai multor angajatori.

¹ A se vedea Legea nr. 142/1998 privind acordarea tichetelor de masă, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 260 din 13 iulie 1998, modificată ulterior, inclusiv prin Ordonanță de urgență a Guvernului nr. 5/2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 129 din 22 februarie 2007. A se vedea și Ordinul Ministerului Muncii, Familiei și Protecției Sociale nr. 161/2009 privind stabilirea valorii nominale indexate a unui tichet de masă pentru semestrul I al anului 2009, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 95 din 17 februarie 2009.

Deși costul integral al tichetelor este suportat de către angajator, aceștia sunt dispuși să efectueze aceste cheltuieli. Aceasta întrucât, asemenea cheltuieli pentru angajator sunt totalmente deductibile iar pentru salariați sunt neimpozabile.

Pe de altă parte, tichetele de masă, la fel ca cele de creșă și cadou, fac parte din categoria cheltuielilor sociale deductibile. Astfel, costurile acestora nu se iau în calcul nici pentru angajator și nici pentru salariat la stabilirea drepturilor și obligațiilor de natură fiscală, care se determină în raport cu venitul salarial.

Cu alte cuvinte, se colectează bani mai puțini la bugetul de stat¹.

Pe de altă parte, apariția de noi tichete reprezintă o veste bună și pentru societățile emitente, care, în anul 2008, au realizat profituri ce au depășit suma de 50 de milioane de Euro.

În concluzie, persoanele care se bucură de aceste sume nu sunt numai beneficiarii direcți ci și alte persoane, respectiv copiii salariaților, familiile acestora.

Pe de altă parte, sumele corespunzătoare tichetelor acordate de angajator nu se iau în calcul, nici pentru acesta, nici pentru salariat, la stabilirea drepturilor și obligațiilor care se determină în raport cu venitul salarial, fapt ce nu este deloc de neglijat.

În altă ordine de idei, în această materie, este extrem de interesantă practica judiciară, necontestată de doctrină².

Astfel, prin Decizia nr. 2277 din 10 iunie 2003, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că funcționarii publici nu pot avea dreptul la tichete de masă, motivând că „Acordarea salariului nu conferă funcționarilor publici calitatea de salariați. Noțiunea de funcționar public, astfel cum rezultă și din dispozițiile Legii nr. 188/1999, vizează persoanele care, urmare a câștigării concursului sau promovării examenului organizat pentru ocuparea unei funcții publice, au fost investite, prin numirea în acea funcție.”

În ceea ce privește alocația de hrană, cadrul legislativ stabilește valori distincte pentru diferite ramuri de activitate, cum ar fi:

- alocația pentru personalul navigant și auxiliar îmbarcat pe nave; reglementarea în materie este Hotărârea Guvernului nr. 185/1994³, pentru această categorie de persoane, alocația fiind cuprinsă între 18,5 și 20 lei, în funcție de categoria de personal și de nava pe care este îmbarcat;

- alocația pentru personalul din sistemul administrației penitenciarelor. Potrivit Hotărârii Guvernului nr. 1848/2004⁴, personalul aparținând sistemului administrației penitenciare beneficiază, pentru perioada în care se află în activitate, de o alocație de hrană zilnică, ce este cuprinsă între 4300 și 5085 calorii pe zi, fără a se stabili o sumă anume, ca în cazul anterior;

¹ „Aceste tichete nu reprezintă decât o formă de a nu se plăti impozite, în dezavantaj fiind, bineînțeles, statul” preciza Ilie Șerbanescu, analist economic și fost ministru al finanțelor.

² Alexandru Țiclea, *op. cit.*, pag. 420.

³ A se vedea Hotărârea Guvernului nr. 185/1994 privind acordarea alocației de hrană zilnice pentru personalul navigant și auxiliar îmbarcat pe nave, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 113 din 04 mai 1994, modificată ulterior, inclusiv prin Hotărârea Guvernului nr. 598/1997 pentru modificarea anexei nr. 1 la Hotărârea Guvernului nr. 185/1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 277 din 15 octombrie 1997.

⁴ A se vedea Hotărârea Guvernului nr. 1848/2004 privind stabilirea drepturilor de hrană, în timp de pace, ale personalului din sistemul administrației penitenciare, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1.112 din 27 noiembrie 2004.

- alocația pentru personalul minier. Conform Hotărârii Guvernului nr. 969/2000,¹ alocația inițială pentru plafonul valoric al mesei calde zilnice care se acordă personalului minier era de 3 Lei, fiind majorată anual, ca în anul 2004 să ajungă la suma de 5,8 lei/zi.

- alocația zilnică de hrană pentru consumurile colective din unitățile bugetare și din regiile autonome/societățile comerciale cu specific deosebit, ce pot varia între 1,9 lei și 40 lei/zi².

- alocațiile zilnice de hrană pentru consumurile colective din unitățile de învățământ special³;

- alocația de hrană acordată donatorilor onorifici de sânge⁴, prin care aceștia sunt îndreptățiți la a primi o alocație de hrană sub forma a 7 tichete de masă pentru produse alimentare, cheltuieli ce sunt suportate de bugetul de stat.

Specificul utilizării tichetelor de masă în atare condiții este dat de faptul că acestea se achiziționează și se acordă prin centrele de transfuzie sanguină.

- alocația de hrană pentru consumurile colective din unitățile sanitare publice⁵, al cărei cuantum se cifrează între 1,8 lei pentru copii nou-născuți prematuri în maternități, alimentați natural și 16,2 lei pentru bolnavii străini internați la Institutul Național de Gerontologie și Geriatrie;

- alocațiile zilnice de hrană pentru activitatea sportivă de performanță, internă și internațională, diferențiată pe categorii de acțiuni, cheltuieli ce se situează între 35 și 80 lei/zi⁶, contravaloarea hranei, alimentelor sau numerarul acordat sportivilor pentru asigurarea alimentației de efort necesare în perioada de pregătire;

- drepturile de hrana în timp de pace, primite de personalul din sectorul de apărare națională, ordine publică și siguranță națională, care, asemenea celor din sistemul administrației penitenciarelor, se alocă raportat la un numărul de calorii, respectiv între 4300 și 6195⁷.

¹ A se vedea Hotărârea Guvernului nr. 969/2000 privind aprobarea majorării plafonului valoric al mesei calde zilnice care se acordă personalului minier, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 526 din 25 octombrie 2000.

² A se vedea Hotărârea Guvernului nr. 180/1996 privind cuantumul alocației de hrană pentru consumurile colective din unitățile bugetare și din regiile autonome cu specific deosebit, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 63 din 28 martie 1996.

³ A se vedea Hotărârea Guvernului nr. 421/2008 privind stabilirea nivelului minim al alocației zilnice de hrană pentru consumurile colective din instituțiile publice de asistență socială, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 320 din 23 aprilie 2008.

⁴ A se vedea Ordinul Ministrului Sănătății Publice nr. 441/2007 privind dreptul donatorilor de sânge de a primi la fiecare donare o alocație de hrană sub forma tichetelor de masă, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 248 din 13 aprilie 2007.

⁵ A se vedea Hotărârea Guvernului nr. 429/2008 privind nivelul alocațiilor de hrană pentru consumurile colective din unitățile sanitare publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 329 din 25 aprilie 2008.

⁶ A se vedea Hotărârea Guvernului nr. 1447/2007 privind aprobarea Normelor financiare pentru activitatea sportivă, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 823 din 03 decembrie 2007.

⁷ A se vedea Hotărârea Guvernului nr. 65/2003 privind stabilirea drepturilor de hrană, în timp de pace, ale personalului aparținând structurilor Ministerului de Interne, căruia i se aplică Statutul poliștilor, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 81 din 07 februarie 2003, modificată ulterior prin Hotărârea Guvernului nr. 1074/2006 pentru modificarea anexei la Hotărârea

E. Contravaloarea folosinței locuinței de serviciu sau a locuinței din incinta unității, potrivit repartiției de serviciu, numirii conform legii sau specificului activității prin cadrul normativ aferent domeniului de activitate, compensarea chiriei pentru personalul din sectorul de apărare națională, ordine publică și siguranță națională, precum și compensarea diferenței de chirie, suportate de persoana fizică, conform legilor speciale, reprezintă de asemenea, o altă categorie de venituri exceptate de la impozitare, potrivit art. 55, la alin. 4) lit. (c) din Codul fiscal.

Relevăm că, prin locuințe acordate ca urmare a specificului activității, se înțeleg acele locuințe asigurate salariaților, atunci când activitatea o impune sau, de pildă, se desfășoară în locuri izolate, precum stațiile meteo, stațiile pentru controlul mișcărilor seismice, sau în condițiile în care este solicitată prezența permanentă pentru supravegherea unor instalații, utilaje ori alte asemenea situații.

De altfel, potrivit lit. (d) a art. 2 din Legea locuinței nr. 114/1996¹, locuința de serviciu reprezintă locuința destinată funcționarilor publici, salariaților unor instituții sau agenți economici, acordată în condițiile contractului de muncă, potrivit prevederilor legale.

Apreciem că în această categorie se înscrie și locuința de protocol, care, potrivit lit. (g) a aceluiași articol, constă în locuința destinată utilizării de către persoanele care sunt alese sau numite în unele funcții ori demnități publice, exclusiv pe durata exercitării acestora.

Tot în acest cadru legislativ se încadrează și locuința socială care se atribuie cu chirie subvenționată unor persoane sau familii, a căror situație economică nu le permite accesul la o locuință în proprietate sau închirierea unei locuințe în condițiile pieței.

Spațiile locative prezentate, sunt în general, atribuite de către instituții ale statului sau de către entități private și care, prin natura lor, sunt destinate îndeplinirii atribuțiilor de serviciu, specifice unor detașări sau delegări.

În ideea unei tratări cât mai concrete a acestui subiect, credem că se impune delimitarea reglementărilor în ceea ce privește domeniul public și privat al acestei norme.

Astfel, Președintele României, Președintele Senatului, Președintele Camerei Deputaților și Primul-ministru beneficiază, în condițiile legii 114/1996, de câte o locuință de protocol, ca reședință oficială.

Reședințele oficiale ale acestor persoane, se atribuie de către Guvern și sunt puse la dispoziția lor, împreună cu dotările aferente, pe perioada exercitării funcției, de către Regia Autonomă "Administrația Patrimoniului Protocolului de Stat" (RAAPPS).

Totodată, pot beneficia de locuință de protocol, la cerere, cu plata chiriei prevăzute de lege, persoanele care îndeplinesc următoarele funcții publice: vicepreședinți ai Senatului și ai Camerei Deputaților, miniștri de stat, miniștrii și persoanele asimilate acestora, precum și președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție, președintele Curții Constituționale, președintele Curții de Conturi, președintele Consiliului Legislativ și Avocatul poporului, pe durata exercitării funcției sau a mandatului.

Pentru aceste persoane, atribuirea locuinței de protocol se face prin decizie a Primului-ministru și se pune la dispoziția lor de către RAAPPS, sub condiția esențială ca aceștia să

Guvernului nr. 65/2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 713 din 21 august 2006.

¹ A se vedea Legea locuinței nr. 114/1996, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 393 din 21 octombrie 1996, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 393 din 31 decembrie 1997, completată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 210/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 835 din 11 decembrie 2008.

nu dețină, în localitatea în care își desfășoară activitatea, o altă locuință proprietate personală sau să nu fi deținut o asemenea locuință.

De asemenea dispoziții pot beneficia și membrii ai corpului magistraților¹, experții sau specialiștii asimilați acestora, atât în ceea ce privește locuințele puse la dispoziție de instituțiile pentru care își desfășoară activitatea cât și în ceea ce privește spațiile locative pe care aceștia le închiriază și pentru care le este subvenționată chiria pe care o achită.

Specific tuturor sumelor ce provin de la diferitele bugete ale statului, pentru susținerea unor astfel de locuințe, este faptul că sunt suportate de instituțiile publice, iar o eventuală impunere a acestora nu s-ar justifica, atât din rațiuni economice cât și din motive sociale, lesne de înțeles.

Pe de altă parte, locuințele de serviciu precum și celelalte prezentate, fac parte din patrimoniul agenților economici sau al instituțiilor publice centrale ori locale și se administrează în interesul acestora prin închiriere salariaților proprii, contractul de închiriere fiind accesoriu la contractul individual de muncă.

Condițiile de administrare și de închiriere a acestor locuințe se stabilesc de către conducerea agenților economici sau ale instituțiilor deținătoare, cu respectarea prevederilor legale.

Locuințele de serviciu construite sau achiziționate cu fonduri de stat se pot vinde numai în condițiile în care, datorită restrângerii sau încetării activității care a generat realizarea acestora, nu mai pot fi utilizate în scopul pentru care au fost inițial destinate.

Vânzarea locuințelor de serviciu prevăzute la alin. (3) și modalitatea specifică de realizare a acestora se supun spre aprobare Guvernului sau organelor de conducere ale entității private în cauză.

Referitor la domeniul privat de aplicare a acestei norme, nu de puține ori, asemenea recompensări, maschează adevăratul scop urmărit de salariat și angajator.

Bunăoară, angajatorul și salariatul, trebuie să urmărească să nu intre sub incidența literelor (a) și (b) ale alin. 3 din art. 55 Cod fiscal, și să delimiteze precis unde se află granița între utilizarea acestui tip de bunuri în interesul obținerii de venituri, pe de o parte, și între utilizarea lor în scop personal, pe de alta.

Locuințele de serviciu fac parte din patrimoniul angajatorului și se administrează în interesul acestora prin închiriere salariaților proprii, specificitatea acestor raporturi fiind tocmai aceea că actul juridic, respectiv contractul de închiriere ce privește spațiul de locuit, este unul accesoriu la contractul individual de muncă.

În opinia noastră, repartitia de serviciu prin care se acordă folosința unei locuințe în interesul cerut de activitatea desfășurată, dată de o societate comercială se poate încadra în condițiile impuse de legiuitor.

F. cazarea și contravaloarea chiriei pentru locuințele puse la dispoziția oficialităților publice, a salariaților consulari și diplomatici care lucrează în afara țării, în conformitate cu legislația în vigoare – art. 55 alin. 4 lit. (d) precum și contravaloarea echipamentelor tehnice, a echipamentului individual de protecție și de lucru, a alimentației de protecție, a medicamentelor și materialelor igienico-sanitare, a altor drepturi de protecție a muncii, cât și a uniformelor obligatorii și a drepturilor de echipament, se acordă potrivit legislației în vigoare, în același scop, respectiv cel al desfășurării în bune condiții și pentru maximă

¹ Ion Popa, *Drepturile bănești ale magistraților-salariu sau indemnizație*, articol publicat în „Revista română de dreptul muncii”, nr. 2/2005, pag. 73-80

productivitate, dar mai ales pentru protecția salariatului sau a angajatorului, sunt de asemenea, scutite de impozite.

Nu sunt venituri impozabile următoarele:

- contravaloarea echipamentelor tehnice primite de salariat sub formă de aparatură, dispozitive, unelte, alte mijloace asemănătoare, necesare în procesul muncii;
- contravaloarea echipamentului individual de protecție cu care este dotat fiecare participant în procesul muncii pentru a fi protejat împotriva factorilor de risc;
- contravaloarea echipamentului individual de lucru care cuprinde mijloacele primite de un salariat în vederea utilizării lor în timpul procesului muncii pentru a-i proteja îmbrăcămintea și încălțăminte;
- contravaloarea alimentației de protecție primite în mod gratuit de persoanele fizice care lucrează în locuri de muncă cu condiții grele și vătămătoare;
- contravaloarea materialelor igienico-sanitare primite în mod gratuit de persoanele fizice care își desfășoară activitatea în locuri de muncă al căror specific impune o igienă personală deosebită;
- contravaloarea medicamentelor primite de cadrele militare în activitate, sportivi¹, personalul navigant² și alte categorii de personal, potrivit legii;
- contravaloarea echipamentului și a materialelor de resortul echipamentului, cum ar fi: materiale de spălat și de igienă, materiale de gospodărie, materiale pentru atelierele de reparații și întreținere, rechizite și furnituri de birou, primite în mod gratuit de personalul din sectorul de apărare națională, ordine publică și siguranță națională, în condițiile legii³.

În mare parte, aceste avantaje, în mod deosebit cele tangențiale din punct de vedere medical, cu raporturile de muncă, duc la beneficierea de către salariați, în mod gratuit de asistență medicală, tratamente medicale și medicamentele necesare⁴.

G. Contravaloarea cheltuielilor de deplasare pentru transportul între localitatea în care salariații își au domiciliul și localitatea unde se află locul de muncă al acestora, la nivelul unui abonament lunar, pentru situațiile în care nu se asigură locuință sau nu se suportă contravaloarea chiriei, conform legii.

Ca și în cazurile precedente, și aici se impune respectarea unor reguli și proceduri, prevăzute în mod generis sau special de către actele normative principale sau secundare ce reglementează aceste aspecte, cum ar fi: acordarea acestora numai după ce salariatul

¹ A se vedea Hotărârea Guvernului nr. 1447/2007 privind aprobarea Normelor financiare pentru activitatea sportivă, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 823 din 3 decembrie 2007.

² A se vedea Legea nr. 223/2007 privind Statutul personalului aeronautic civil navigant profesionist din aviația civilă din România, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 481 din 18 iulie 2007. A se vedea și Norma metodologică de aplicare a prevederilor Legii nr. 223/2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 726 din 26 octombrie 2007.

³ A se vedea Hotărârea Guvernului nr. 65/2003 privind stabilirea drepturilor de hrană, în timp de pace, ale personalului aparținând structurilor Ministerului de Interne, căruia i se aplică Statutul polițistului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 81 din 07 februarie 2003, modificată ulterior prin Hotărârea Guvernului nr. 1074/2006 pentru modificarea anexei la Hotărârea Guvernului nr. 65/2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 713 din 21 august 2006.

⁴ A se vedea art. 53 lit. a) din Legea nr. 223/2007 privind Statutul personalului aeronautic civil navigant profesionist din aviația civilă din România, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 481 din 18 iulie 2007.

beneficiar și familia acestuia și-au schimbat domiciliul sau au decontat cheltuielile ocazionate de mutare.

H. Sumele primite de salariați pentru acoperirea cheltuielilor de transport și cazare, a indemnizației primite pe perioada delegării și detașării în altă localitate, în țară și în străinătate, în interesul serviciului. Sunt exceptate de la aceste prevederi sumele acordate de persoanele juridice fără scop patrimonial și de alte entități neplătitoare de impozit pe profit peste limita de 2,5 ori indemnizația acordată salariaților din instituțiile publice.

În categoria cheltuielilor de delegare și detașare se cuprind cheltuielile cu transportul, cazarea, precum și indemnizația de delegare și de detașare în țară și în străinătate, stabilită potrivit legii.

Cheltuielile de transport, cazare și indemnizația acordată salariaților, în cazul angajatorului care realizează pierdere în exercițiul curent și/sau din anii precedenți, sunt limitate la nivelul legal stabilit pentru instituțiile publice.

În cazul persoanelor juridice fără scop patrimonial și al altor entități neplătitoare de impozit pe profit, care acordă indemnizații pe perioada delegării, sumele acordate peste limita de 2,5 ori nivelul legal stabilit pentru indemnizația acordată pe perioada delegării și detașării în altă localitate, în țară și în străinătate, în interesul serviciului, pentru salariații din instituțiile publice, reprezintă venituri asimilate salariilor.

Ca atare, salariaților li se poate acorda, pe perioada delegării în altă localitate, evident în interes de serviciu, o indemnizație zilnică de delegare sau de detașare¹, care începând cu anul 2007, are valoarea de 13 lei/zi.

Nu vom pune în discuție cuantumul sumei. Relevăm doar că această indemnizație are rolul de a acoperi cheltuielile de hrană, mărunte, uzuale precum și costul transportului în interiorul localității în care își desfășoară activitatea salariatul.

Aceste sume de bani, de regulă, sunt avansate salariatului sau, mai rar, le suportă inițial acesta, urmând ca, după prezentarea dovezilor necesare, să i se restituie suma avansată sau să se realizeze decontul între salariat și angajator.

În ceea ce privește diurna în valută, aceasta se diferențiază pe două categorii și se acordă la nivelul prevăzut pentru fiecare țară în care are loc deplasarea.

Diurna în valută se acordă astfel²:

A) în cazul în care se folosește ca mijloc de transport avionul, diurna se va acorda pe perioada cuprinsă între momentul decolării avionului, la plecarea spre țara de destinație și momentul aterizării avionului, la sosirea în țară;

B) în cazul în care se folosește ca mijloc de transport trenul sau un mijloc auto, diurna se va acorda pe perioada cuprinsă între momentul trecerii cu trenul sau cu mijloacele auto

¹ A se vedea art. 9 și urm. din Hotărârea Guvernului nr. 1860/2006 privind drepturile și obligațiile personalului autorităților și instituțiilor publice pe perioada delegării și detașării în altă localitate, precum și în cazul deplasării, în cadrul localității, în interesul serviciului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1046 din 29 decembrie 2006, modificată ulterior prin Hotărârea Guvernului României nr. 1677/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 857 din 19 decembrie 2008.

² A se vedea Hotărârea Guvernului nr. 518/1995 privind unele drepturi și obligații ale personalului român trimis în străinătate pentru îndeplinirea unor misiuni cu caracter temporar, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 154 din 19 iulie 1995, modificată ulterior, inclusiv prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 4/2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 92 din 16 februarie 2009.

prin punctele de trecere a frontierei de stat a României, atât la plecarea în străinătate, cât și la înapoierea în țară.

Credem că merită menționat¹ și că, de pildă, în cazul personalului român trimis în străinătate pentru îndeplinirea unor misiuni cu caracter temporar, se acordă o indemnizație lunară în lei, calculată în raport cu salariul de bază și sporul de vechime, corespunzător funcției și gradului profesional.

În cazul personalului care se deplasează în interesul unității trimițătoare, pentru a participa la cursuri și stagii de practică și specializare sau perfecționare, cu suportarea parțială sau integrală a cheltuielilor de către diferite organizații sau alți parteneri externi, pe o durată care depășește 90 de zile calendaristice și căruia, pe timpul absenței din țară, lucrătorului i se suspendă contractul de muncă, și i se acordă o indemnizație lunară de 25% pentru acoperirea cheltuielilor legate de întreținerea locuinței și o alta, tot de 25% pentru fiecare copil sau părinte aflat în întreținere în țară, precum și pentru soțul ori soția, după caz, care nu realizează venituri.

Sumele respective nu pot să depășească 100% din salariul de bază și sporul de vechime, stabilite prin contractul individual de muncă.

Evident că, sumele acordate pentru a participa la cursuri și stagii de practică și specializare sau perfecționare se acordă condiționat de semnarea de către salariatul în cauză, a unui act adițional la contractul de muncă, prin care se obligă ca după întoarcerea în țară, să lucreze o anumită perioadă în cadrul unității trimițătoare, indiferent de durata deplasării.

I. Sumele primite, potrivit dispozițiilor legale, pentru acoperirea cheltuielilor de mutare în interesul serviciului;

Prin cheltuieli de mutare în interesul serviciului se înțeleg cheltuielile cu transportul personal și al membrilor de familie ai salariatului, precum și al bunurilor din gospodărie, cu ocazia mutării salariatului într-o altă localitate decât cea de domiciliu², în situația în care, potrivit legii, se decontează de angajator.

Pentru a fi neîmpozabile, aceste cheltuieli trebuie să reflecte voința unei legi speciale³.

¹ A se vedea art. 5 alin. 1) din Hotărârea Guvernului nr. 518/1995 privind unele drepturi și obligații ale personalului român trimis în străinătate pentru îndeplinirea unor misiuni cu caracter temporar, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 154 din 19 iulie 1995, modificată ulterior, inclusiv prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 4/2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 92 din 16 februarie 2009.

² A se vedea: 1) art. 20 din Legea nr. 138/1999 privind salarizarea și alte drepturi ale personalului militar din instituțiile publice de apărare națională, ordine publică și siguranță națională, precum și acordarea unor drepturi salariale personalului civil din aceste instituții, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 347 din 22 iulie 1999, modificată ulterior, inclusiv prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 31/2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 211 din 01 aprilie 2009; 2) art. 18 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 38/2003 privind salarizarea și alte drepturi ale polițiștilor, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 65 din 02 februarie 2003, modificată ulterior, inclusiv prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 107/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 661 din 22 septembrie 2008.

³ A se vedea Ordonanța Guvernului nr. 64/2006 privind salarizarea și alte drepturi ale funcționarilor publici cu statut special din sistemul administrației penitenciare, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 747 din 01 septembrie 2006, modificată ulterior, inclusiv prin Ordonanța Guvernului nr. 20/2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea

J. Indemnizațiile de instalare ce se acordă o singură dată, la încadrarea într-o unitate situată într-o altă localitate decât cea de domiciliu, în primul an de activitate după absolvirea studiilor, în limita unui salariu de bază la angajare, precum și indemnizațiile de instalare și mutare acordate¹, potrivit legilor speciale, personalului din instituțiile publice și celor care își stabilesc domiciliul în localități din zone defavorizate, stabilite potrivit legii, în care își au locul de muncă.

Sunt considerate venituri neimpozabile indemnizațiile de instalare și mutare primite de beneficiarii de astfel de venituri, acordate în conformitate cu prevederile legilor speciale².

K. Veniturile din salarii realizate de către persoanele fizice cu handicap grav și accentuat, încadrate cu contract individual de muncă;

Nu sunt considerate venituri impozabile veniturile din salarii realizate de persoanele fizice cu handicap grav și accentuat, încadrate cu contract individual de muncă, încasate începând cu data de 1 mai 2005. Veniturile de natura celor de mai sus, aferente perioadei de până la 1 mai 2005, sunt impozabile potrivit legii.

Persoanele cu handicap au dreptul de a muncii și de a realiza venituri, în conformitate cu prevederile Codului muncii și a celorlalte acte normative aplicabile, precum și cu dispozițiile speciale din Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap³.

Potrivit acestei legi, numai în ceea ce privește contextul încadrării în muncă, prin persoană cu handicap se înțelege și persoana invalidă gradul III.

Persoanele cu handicap pot fi încadrate în muncă conform pregătirii lor profesionale și capacității de muncă, atestate prin certificatul de încadrare în grad de handicap, emise de comisiile de evaluare de la nivel județean sau ale sectoarelor municipiului București.

Fără rezerve, putem spune că același regim juridic de excludere din arealul de venituri impozabile, este aplicabil și sumelor de bani, suportate din resurse bugetare, pentru:

A) creșterea copilului cu vârsta între 0 și 3 ani în cazul copilului cu handicap⁴;

I nr. 84 din 02 februarie 2007.

¹ A se vedea Legea nr. 360/2002 privind Statutul polițistului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 440 din 24 iunie 2002, modificată ulterior, inclusiv prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 153/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 769 din 17 noiembrie 2008.

² A se vedea Hotărârea Guvernului nr. 881/1999 privind salarizarea personalului din Regia Autonomă "Administrația Fluvială a Dunării de Jos Galați", publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 546 din 08 noiembrie 1999.

³ A se vedea art. 14 și 77 din Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1 din 03 ianuarie 2008, modificată ulterior, inclusiv prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 118/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 680 din 03 octombrie 2008. A se vedea și Hotărârea nr. 1665/2008 privind actualizarea cuantumului prestațiilor sociale prevăzute la art. 58 alin. (4) din Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 856 din 19 decembrie 2008.

⁴ A se vedea art. 1 alin. 1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 148/2005 privind susținerea familiei în vederea creșterii copilului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1008 din 14 noiembrie 2005, modificată ulterior, inclusiv prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 226/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 899 din 31 decembrie 2008.

B) indemnizația lunară pentru creșterea copilului cu handicap, acordată persoanei cu handicap care nu realizează venituri¹;

C) pentru ajutorul lunar destinat creșterii copilului cu handicap, acordat persoanei care nu realizează alte venituri și îndeplinește condițiile prevăzute de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 148/2005²;

D) indemnizația lunară acordată persoanelor cu handicap grav și accentuat³.

¹ A se vedea art. 12 lit. f) din Legea nr. 448/2006, privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1 din 03 ianuarie 2008, modificată ulterior, inclusiv prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 118/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 680 din 3 octombrie 2008. A se vedea și Hotărârea Guvernului nr. 1665/2008 privind actualizarea cuantumului prestațiilor sociale prevăzute la art. 58 alin. (4) din Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 856 din 19 decembrie 2008.

² A se vedea art. 12 lit. g) din Legea nr. 448/2006, privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1 din 03 ianuarie 2008, modificată ulterior, inclusiv prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 118/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 680 din 03 octombrie 2008.

³ A se vedea art. 58 alin. 4) lit. a pct. 1) și 2) din Legea 448/2006, republicată și modificat, menționată mai sus.

ROLUL ASIGURĂRILOR PENTRU ȘOMAJ ȘI STIMULAREA OCUPĂRII FORȚEI DE MUNCĂ

Lector univ. dr. MĂGUREANU POPTEAN GEORGE
Universitatea Romano – Americana

În acord cu prevederile art. 5 pct. IV din Legea nr. 76/2002 privind asigurările pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă¹, șomer este persoana care îndeplinește *cumulativ* următoarele condiții:

A) este în căutarea unui loc de muncă de la vârsta de minimum 16 ani și până la îndeplinirea condițiilor de pensionare;

B) starea de sănătate și capacitățile fizice și psihice o fac aptă pentru prestarea unei munci;

C) nu are loc de muncă, nu realizează venituri sau realizează, din activități autorizate potrivit legii, venituri mai mici decât salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, în vigoare;

D) este disponibilă să înceapă lucrul în perioada imediat următoare, dacă s-ar găsi un loc de muncă.

Potrivit prevederilor Legii nr. 76/2002 privind asigurările pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă:

A. angajator este persoana juridică sau persoana fizică cu sediul, respectiv domiciliul, în România ori sucursala, filiala, agenția, reprezentanța din România a unei persoane juridice străine cu sediul în străinătate, autorizată potrivit legii, care încadrează forță de muncă în condițiile legii;

B. Loc de muncă - cadrul în care se desfășoară o activitate din care se obține un venit și în care se materializează raporturile juridice de muncă sau raporturile juridice de serviciu;

C. Persoană în căutarea unui loc de muncă - persoana care face demersuri pentru a-și găsi un loc de muncă, prin mijloace proprii sau prin înregistrare la agenția pentru ocuparea forței de muncă în a cărei rază teritorială își are domiciliul sau, după caz, reședința ori la alt furnizor de servicii de ocupare, acreditat în condițiile legii;

D. șomer înregistrat - persoana care îndeplinește cumulativ condițiile prevăzute la pct. IV și se înregistrează la agenția pentru ocuparea forței de muncă în a cărei rază teritorială își are domiciliul sau, după caz, reședința ori la alt furnizor de servicii de ocupare, care funcționează în condițiile prevăzute de lege, în vederea obținerii unui loc de muncă.

E. Stagiul de cotizare - perioada în care s-a plătit contribuția de asigurări pentru șomaj atât de către asigurat, cât și de angajator sau, după caz, numai de către asigurat;

F. asigurat - persoana fizică care realizează venituri, potrivit legii, și este asigurată pentru riscul pierderii locului de muncă, prin plata contribuției de asigurări pentru șomaj;

G. Indemnizație de șomaj - o compensație parțială a veniturilor asiguratului ca urmare a pierderii locului de muncă sau a veniturilor absolvenților instituțiilor de învățământ și militarilor care au efectuat stagiul militar și care nu s-au putut încadra în muncă.

¹ Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 103 din 6 februarie 2002; modificată ulterior, inclusiv prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 226/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 899 din 31 decembrie 2008.

Art. 16 din Legea nr. 76/2002 privind asigurările pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă prevede că beneficiarii ai asigurărilor pentru șomaj sunt persoanele în căutarea unui loc de muncă, aflate în una dintre următoarele situații:

A) au devenit șomeri în sensul prevederilor art. 5 pct. IV lit. c, respectiv nu au loc de muncă, nu realizează venituri sau realizează, din activități autorizate potrivit legii, venituri mai mici decât salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată;

B) nu au putut ocupa loc de muncă după absolvirea unei instituții de învățământ sau după satisfacerea stagiului militar;

C) ocupă un loc de muncă și, din diferite motive, doresc schimbarea acestuia;

C) au obținut statutul de refugiat sau altă formă de protecție internațională, conform legii;

D) cetățeni străini sau apatrizi care au fost încadrați în muncă sau au realizat venituri în România, conform legii;

e) nu au putut ocupa loc de muncă după repatriere sau după eliberarea din detenție.

Beneficiarii de indemnizație de șomaj sunt asigurați în sistemul asigurărilor sociale de stat și în sistemul asigurărilor sociale de sănătate și beneficiază de toate drepturile prevăzute de lege pentru asigurații acestor sisteme (art. 48 alin. 1 din Legea nr. 76/2002).

În acord cu dispozițiile art. 18 alin. 2 din Legea nr. 76/2002, asigurații în sistemul asigurărilor pentru șomaj sunt următoarele categorii de persoane fizice:

A) cetățenii români care sunt încadrați în muncă sau realizează venituri în România, în condițiile legii, cu excepția persoanelor care au calitatea de pensionari;

B) cetățeni români care lucrează în străinătate, în condițiile legii;

C) cetățeni străini sau apatrizi care, în perioada în care au domiciliul sau reședința în România, sunt încadrați în muncă sau realizează venituri, în condițiile legii.

În sistemul asigurărilor pentru șomaj, persoanele fizice pot fi asigurate obligatoriu sau facultativ.

Potrivit art. 19 din Legea nr. 76/2002, în sistemul asigurărilor pentru șomaj sunt asigurate obligatoriu, prin efectul legii:

A) persoanele care desfășoară activități pe bază de contract individual de muncă sau pe bază de contract de muncă temporară, în condițiile legii, cu excepția persoanelor care au calitatea de pensionari;

B) funcționarii publici și alte persoane care desfășoară activități pe baza actului de numire;

C) persoanele care își desfășoară activitatea în funcții electivă sau care sunt numite în cadrul autorității executive, legislative ori judecătorești, pe durata mandatului;

D) militarii angajați pe bază de contract;

E) persoanele care au raport de muncă în calitate de membru cooperativ;

F) alte persoane care realizează venituri din activități desfășurate potrivit legii și care nu se regăsesc în una dintre situațiile prevăzute la lit. a-e.

Angajatorii la care își desfășoară activitatea persoanele prevăzute la art. 19 sunt obligați să depună, până la data de 25 inclusiv a lunii următoare celei pentru care se datorează drepturile salariale și/sau veniturile de natura acestora, la agenția pentru ocuparea forței de muncă în a cărei rază teritorială își au sediul sau domiciliul, declarația lunară privind evidența nominală a asiguraților și a obligațiilor de plată la bugetul asigurărilor pentru șomaj.

Termenul de depunere a declarației lunare privind evidența nominală a asiguraților și a obligațiilor de plată la bugetul asigurărilor pentru șomaj constituie și termen de plată (art. 31 alin. 1 din Legea nr. 76/2002). În caz de neplată a contribuțiilor datorate la bugetul asigurărilor pentru șomaj, se aplică reglementările legale privind executarea creanțelor bugetare.

Conform art. 26 din Legea nr. 76/2002 coroborat cu art. 23 alin. 1 lit. a din Legea nr. 487/2006 a bugetului asigurărilor sociale de stat pe anul 2007, angajatorii au obligația de a plăti lunar o contribuție la bugetul asigurărilor pentru șomaj, în cotă de 2%, aplicată asupra fondului total de salarii brute lunare realizate de persoanele asigurate obligatoriu, prin efectul legii. Art. 7 alin. 2 din Legea nr. 200/2006 privind constituirea și utilizarea fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale¹ dispune că de la data intrării în vigoare a acestei legi, respectiv 1 ianuarie 2007, cota contribuției datorate la bugetul asigurărilor pentru șomaj de către angajatorii care au obligația de a plăti lunar o contribuție la Fondul de garantare, în cotă de 0,25% aplicată asupra fondului total de salarii brute lunare realizate de salariați, se diminuează cu 0,25 puncte procentuale². Art. 3 alin. 1 din Norma metodologică de aplicare a Legii nr. 200/2006 privind constituirea și utilizarea Fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale prevede că diminuarea cotei de contribuție, prevăzută la art. 7 alin. 2 din Legea nr. 200/2006, nu se aplică contribuției datorate de către angajatori la bugetul asigurărilor pentru șomaj, aferentă următoarelor categorii de persoane asigurate obligatoriu, prin efectul legii, în sistemul asigurărilor pentru șomaj:

A) funcționari publici și alte categorii persoane care desfășoară activități pe baza actului administrativ de numire;

B) persoane care își desfășoară activitatea în funcții electivă sau care sunt numite în cadrul autorității executive, legislative ori judecătorești, pe durata mandatului;

C) soldați și gradați voluntari;

D) persoane care au raport de muncă în calitate de membru cooperador;

E) alte persoane care realizează venituri din activități desfășurate potrivit legii și care nu se regăsesc în una dintre situațiile prevăzute la lit. a - d sau la art. 1 alin. 1 din Norma metodologică de aplicare a Legii nr. 200/2006 privind constituirea și utilizarea Fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale, respectiv nu au calitatea de salariați încadrați în temeiul unui contract individual de muncă încheiat pentru normă întreagă sau cu timp parțial sau a unui contract de muncă la domiciliu, de muncă temporară sau de ucenicie la locul de muncă, indiferent de durata acestora.

¹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 453 din 25 mai 2006, modificată ulterior, inclusiv prin Legea nr. 200/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 725 din 27 octombrie 2008.

² Conform art. 1 alin. 1 din Norma metodologică de aplicare a Legii nr. 200/2006 privind constituirea și utilizarea Fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale (publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 1038 din 28 decembrie 2006, aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 1850/2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1038 din 28 decembrie 2006), cota contribuției la Fondul de garantare pentru plata creanțelor salariale datorată de angajatori se aplică asupra fondului total de salarii brute lunare realizate de salariați încadrați în temeiul unui contract individual de muncă încheiat pentru normă întreagă sau cu timp parțial sau a unui contract de muncă la domiciliu, de muncă temporară sau de ucenicie la locul de muncă, indiferent de durata acestora.

Și asigurații au obligația să plătească contribuțiile de asigurări pentru șomaj și, corelativ, dreptul să beneficieze de indemnizația de șomaj. Angajatorii au obligația de a reține și de a vira lunar contribuția individuală la bugetul asigurărilor pentru șomaj, în cotă de 1%, aplicată asupra salariului de bază lunar brut, pentru asigurații prevăzuți la art. 19 lit. a - d sau, după caz, pentru asigurații prevăzuți la art. 19 lit. e, asupra veniturilor brute lunare realizate. Aceste prevederi nu se aplică pe perioada în care raporturile de muncă sau de serviciu ale persoanelor asigurate obligatoriu, prin efectul legii, prevăzute la art. 19, sunt suspendate potrivit legii, cu excepția perioadei de incapacitate temporară de muncă, dacă aceasta nu depășește 30 de zile.

Conform art. 20 din Legea nr. 76/2002, se pot asigura în sistemul asigurărilor pentru șomaj, pe baza unui contract de asigurare, următoarele persoane:

- A)** asociat unic, asociați;
- B)** administratori care au încheiat contracte potrivit legii;
- C)** persoane autorizate să desfășoare activități independente;
- D)** membri ai asociației familiale;
- E)** cetățeni români care lucrează în străinătate, conform legii;
- F)** alte persoane care realizează venituri din activități desfășurate potrivit legii și care nu se regăsesc în una dintre situațiile prevăzute la lit. a - e.

Persoanele asigurate în mod facultativ pot încheia contract de asigurare pentru șomaj cu agenția pentru ocuparea forței de muncă în a cărei rază teritorială își au domiciliul sau, după caz, reședința, dacă au cel puțin vârsta de 18 ani și sunt asigurate în sistemul public de pensii și în sistemul asigurărilor sociale de sănătate (art. 22 alin. 1 din Legea nr. 76/2002).

Venitul lunar pentru care persoanele prevăzute la art. 20 se asigură în mod facultativ nu poate fi mai mic decât salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată.

Persoanele asigurate în baza contractului de asigurare pentru șomaj, prevăzute la art. 20 din Legea nr. 76/2002, au obligația de a plăti lunar o contribuție la bugetul asigurărilor pentru șomaj, în cotă de 3,25%, aplicată asupra venitului lunar declarat în contractul de asigurare pentru șomaj (conform art. 28 din Legea nr. 76/2002 coroborat cu art. 23 alin. 1 lit. c din Legea nr. 487/2006 privind bugetul asigurărilor sociale de stat pe anul 2007).

Indemnizația de șomaj reprezintă o compensație parțială a veniturilor asiguratului ca urmare a pierderii locului de muncă sau a veniturilor absolvenților instituțiilor de învățământ și militarilor care au efectuat stagiul militar și nu s-au putut încadra în muncă.

Indemnizația de șomaj se acordă șomerilor la cerere, pe perioade stabilite diferențiat, în funcție de stagiul de cotizare, după cum urmează:

- A)** 6 luni, pentru persoanele cu un stagiu de cotizare de cel puțin un an;
- B)** 9 luni, pentru persoanele cu un stagiu de cotizare de cel puțin 5 ani;
- C)** 12 luni, pentru persoanele cu un stagiu de cotizare mai mare de 10 ani.

Potrivit art. 17 alin. 1, în vederea stabilirii dreptului de indemnizație de șomaj, șomerii prevăzuți la art. 16 lit. a, adică cei care nu au un loc de muncă, nu realizează venituri sau realizează din activități autorizate potrivit legii venituri mai mici decât salariu de bază minim brut pe țară garantat în plată în vigoare, sunt persoanele care se pot găsi în una dintre următoarele situații:

A) le-a încetat contractul individual de muncă sau contractul de muncă temporară din motive neimputabile lor;

B) le-au încetat raporturile de serviciu din motive neimputabile lor;

C) le-a încetat mandatul pentru care au fost numiți sau aleși, dacă anterior nu au fost încadrați în muncă sau dacă reluarea activității nu mai este posibilă din cauza încetării definitive a activității angajatorului;

D) a expirat durata pentru care militarii au fost salariați pe bază de contract sau li s-a desființat contractul din motive neimputabile lor;

E) le-a încetat raportul de muncă în calitate de membru cooperador, din motive neimputabile lor;

F) au încheiat contract de asigurare pentru șomaj și nu realizează venituri sau realizează din activități autorizate potrivit legii venituri mai mici decât salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată¹ ce li

S-ar fi cuvenit potrivit legii;

G) au încetat activitatea ca urmare a pensionării pentru invaliditate și care, ulterior, au redobândit capacitatea de muncă și nu au reușit să se încadreze în muncă;

H) le-au încetat raporturile de muncă sau de serviciu din motive neimputabile lor, în perioada de suspendare a acestora, potrivit legii

J) reintegrarea în muncă, dispusă prin hotărâre judecătorească definitivă, nu mai este posibilă la unitățile la care au fost încadrate în muncă anterior, din cauza încetării definitive a activității, sau la unitățile care au preluat patrimoniul acestora;

K) le-a încetat activitatea desfășurată exclusiv pe baza convenției civile.

Potrivit art. 17 alin. 2, au dreptul la indemnizația de șomaj și persoane asimilate șomerilor, respectiv cele care nu au putut ocupa loc de muncă după absolvirea unei instituții de învățământ sau după satisfacerea stagiului militar dacă îndeplinesc următoarele condiții:

A) sunt absolvenți ai instituțiilor de învățământ, în vârstă de minimum 16 ani, care într-o perioadă de 60 de zile de la absolvire nu au reușit să se încadreze în muncă potrivit pregătirii profesionale;

B) sunt absolvenți ai școlilor speciale pentru persoane cu handicap în vârstă de minimum 16 ani, care nu au reușit să se încadreze în muncă potrivit pregătirii profesionale;

C) sunt persoane care, înainte de efectuarea stagiului militar, nu au fost încadrate în muncă și care într-o perioadă de 30 de zile de la data lăsării la vatră nu s-au putut încadra în muncă.

Nu beneficiază de indemnizația de șomaj:

A. Conform art. 42 alin. 1 din Legea nr. 76/2002, nu beneficiază de indemnizație de șomaj persoanele care, la data solicitării dreptului, refuză un loc de muncă potrivit pregătirii sau nivelului studiilor, situat la o distanță de cel mult 50 km de localitatea de domiciliu, sau refuză participarea la servicii pentru stimularea ocupării și de formare profesională oferite de agențiile pentru ocuparea forței de muncă.

Art. 44 lit. d prevede că în caz de refuz nejustificat de a se încadra conform pregătirii sau nivelului studiilor într-un loc de muncă situat la o distanță de cel mult 50 km de localitatea de domiciliu intervine încetarea plății indemnizațiilor de șomaj acordate beneficiarilor.

¹ Potrivit pct. 30 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 144/2005, în cuprinsul legii, sintagmele "salariul de bază minim brut pe țară" și "salariul minim brut pe țară" se înlocuiesc cu sintagma "salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată", iar sintagma "venituri mai mici decât indemnizația de șomaj" se înlocuiește cu sintagma "venituri mai mici decât salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată".

B). Nu beneficiază de indemnizație de șomaj absolvenții care, la data solicitării dreptului, urmează o formă de învățământ.

Pentru nașterea dreptului la indemnizația de șomaj, se cer a fi îndeplinite următoarele condiții:

A). Condiții care trebuie îndeplinite de către șomeri:

Potrivit art. 34 alin. 1, șomerii prevăzuți la art. 17 alin. 1 beneficiază de indemnizație de șomaj dacă îndeplinesc *cumulativ* următoarele condiții:

a) au un stagiul de cotizare de minimum 12 luni în ultimele 24 de luni premergătoare datei înregistrării cererii;

b) nu realizează venituri sau realizează din activități autorizate potrivit legii venituri mai mici decât indemnizația de șomaj;

c) nu îndeplinesc condițiile de pensionare, conform legii;

d) sunt înregistrați la agențiile pentru ocuparea forței de muncă în a căror rază teritorială își au domiciliul sau, după caz, reședința, dacă au avut ultimul loc de muncă ori au realizat venituri în acea localitate.

La stabilirea perioadei de 24 de luni, prevăzută la alin. 1 lit. a, nu se iau în calcul:

a) perioada de suspendare a raporturilor de muncă sau de serviciu, cu excepția perioadei de incapacitate temporară de muncă, dacă aceasta nu depășește 30 de zile;

b) perioada de pensionare pentru invaliditate, dacă aceasta nu depășește 12 luni, pentru persoanele prevăzute la art. 17 alin. 1 lit. g (adică cei care au încetat activitatea ca urmare a pensionării pentru invaliditate și care, ulterior, au redobândit capacitatea de muncă și nu au reușit să se încadreze în muncă);

c) perioada cuprinsă între data suspendării raporturilor de muncă sau de serviciu și data încetării motivului pentru care acestea au fost suspendate, pentru persoanele prevăzute la art. 17 alin. 1 lit. h (adică cei cărora le-au încetat raporturile de muncă sau de serviciu din motive neimputabile lor, în perioada de suspendare a acestora, potrivit legii);

d) perioada cuprinsă între data încetării raporturilor de muncă sau de serviciu și data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești de reintegrare în muncă, dacă această perioadă nu depășește 12 luni, pentru persoanele prevăzute la art. 17 alin. 1 lit. j (adică cei pentru care reintegrarea în muncă, dispusă prin hotărâre judecătorească definitivă, nu mai este posibilă la unitățile la care au fost încadrate în muncă anterior, din cauza încetării definitive a activității, sau la unitățile care au preluat patrimoniul acestora).

Constituie stagiul de cotizare perioadele în care salariații sau, după caz, angajatorii au plătit contribuții de asigurări pentru șomaj în sistemul asigurărilor pentru șomaj din România precum și în alte țări, în condițiile stabilite prin acordurile și convențiile internaționale la care România este parte.

Drepturile cuvenite în sistemul asigurărilor pentru șomaj din România se pot transfera în țările în care asigurații își stabilesc domiciliul sau reședința, în condițiile reglementate prin acordurile și convențiile internaționale la care România este parte.

Constituie stagiul de cotizare și perioadele în care angajatorul nu a plătit contribuția la bugetul asigurărilor pentru șomaj și se află în procedură de executare silită, reorganizare judiciară, faliment, închidere operațională, dizolvare, lichidare, administrare specială sau nu și-a achitat contribuțiile datorită unor situații de forță majoră.

Persoanele asimilate șomerilor trebuie să îndeplinească condițiile:

a) sunt înregistrați la agențiile pentru ocuparea forței de muncă în a căror rază teritorială își au domiciliul;

b) nu realizează venituri sau realizează din activități autorizate potrivit legii venituri mai mici decât indemnizația de șomaj;

c) nu îndeplinesc condițiile de pensionare, conform legii.

Pentru persoanele care au avut raporturile de muncă sau de serviciu suspendate, cu excepția suspendării pentru incapacitate temporară de muncă, dacă aceasta nu depășește 30 de zile, stagiul minim de cotizare se realizează prin cumularea perioadei de asigurare realizată înainte de suspendare cu perioada de asigurare realizată după reluarea activității.

Conform art. 39 alin. 2, indemnizația de șomaj este o sumă acordată lunar și în mod diferențiat, în funcție de stagiul de cotizare, după cum urmează:

a) 75% din salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, pentru persoanele cu un stagiul de cotizare de cel puțin un an;

b) suma prevăzută la lit. a la care se adaugă o sumă calculată prin aplicarea asupra mediei salariului de bază lunar brut pe ultimele 12 luni de stagiul de cotizare, a unei cote procentuale diferențiate în funcție de stagiul de cotizare.

Conform alin. 3 al aceluiași articol, cotele procentuale diferențiate în funcție de stagiul de cotizare sunt:

a) 3% pentru persoanele cu un stagiul de cotizare de cel puțin 3 ani;

b) 5% pentru persoanele cu un stagiul de cotizare de cel puțin 5 ani;

c) 7% pentru persoanele cu un stagiul de cotizare de cel puțin 10 ani;

d) 10% pentru persoanele cu un stagiul de cotizare de cel puțin 20 de ani.

Pentru persoanele care au fost asigurate în baza unui contract de asigurare pentru șomaj, la determinarea sumei calculate prin aplicarea unei cote procentuale diferențiate în funcție de stagiul de cotizare, prevăzute la art. 39 alin. 2 lit. b, se va avea în vedere venitul lunar declarat în contractul de asigurare pentru șomaj.

În ceea ce privește persoanele asimilate șomerilor, indemnizația de șomaj se acordă pe o perioadă de 6 luni și este o sumă fixă, neimpozabilă, lunară, al cărei cuantum reprezintă 50% din salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată în vigoare.

Indemnizația de șomaj se plătește titularului ori mandatarului acestuia stabilit prin procură specială (art. 125 din Legea nr. 76/2002).

Cererile pentru acordarea indemnizației de șomaj precum și toate actele procedurale în legătură cu stabilirea acestui drept sunt scutite de orice fel de taxă de timbru.

Indemnizația de șomaj se reactualizează ori de câte ori se modifică salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată.

Art. 41 alin. 1 din Legea nr. 76/2002 stabilește că persoanele care beneficiază de indemnizație de șomaj au următoarele obligații:

a) să se prezinte lunar, pe baza programării sau ori de câte ori sunt solicitate, la agenția pentru ocuparea forței de muncă la care sunt înregistrate, pentru a primi sprijin în vederea încadrării în muncă;

b) să comunice în termen de 3 zile agenției pentru ocuparea forței de muncă la care sunt înregistrate orice modificare a condițiilor care au condus la acordarea drepturilor;

c) să participe la serviciile pentru stimularea ocupării și de formare profesională oferite de agenția pentru ocuparea forței de muncă la care sunt înregistrate;

d) să caute activ un loc de muncă.

De asemenea, și angajatorii care au încadrat în muncă, conform legii, persoane din rândul beneficiarilor de indemnizații de șomaj au obligația de a anunța în termen de 3 zile agențiile pentru ocuparea forței de muncă la care aceștia au fost înregistrați. Această obligație revine și caselor teritoriale de pensii care au stabilit și au pus în plată pensiile cuvenite beneficiarilor de indemnizație de șomaj.

INTRODUCERE ÎN JURISPRUDENȚA CURȚII EUROPENE DE JUSTIȚIE ÎN MATERIE FISCALĂ

Lect. univ. CÎRMACIU DIANA
Universitatea din Oradea, Facultatea de Științe Juridice

Abstract: The adherence of Romania to the European Union on January 1st 2007 assumes also the harmonization of Romanian law with the European one. In the fiscal domain, while in case of the value added tax and in case of the excise duties the harmonization is realized through the implementation to the national legislation of the European Directives, in case of the most direct taxes the absence of some harmonized regulations assesses the recourse to the decisions adopted by the European Court of Justice in the matter of the four fundamental freedoms which, through their effect, have incidence in the fiscal domain.

In these conditions the knowledge and profound study of the jurisprudence of the European Court of Justice is becoming a necessity.

Keywords: the activity of the European Court of Justice from Luxemburg, evolutions of jurisprudence, fiscality.

An important component of the institutional system of the European Union is represented by the European Court of Justice¹, with seat in Luxembourg – this way, according to the dispositions of article 220 of the CE Treaty, this assures: „the respect of the law in the interpretation and application of the present treaty”, being the guarantor of the application, interpretation and respect of the community law on the territory of the European Union.

The signing of the Single European Act in 1986 has introduced a modification in the judicial structure of the European Union, because, according to the wish to relief the Court, it was created the possibility to create the First Instance Court².

Through Treaty of Nice, modifying act for the Treaty of European Union, of the institutional documents of the European Communities and of some documents connected to these, there was foreseen the outlining of some premises to create a specialized jurisdictional district, that of the Tribunal of the Public Function³.

In terms of the institutional evolution of the European Court of Justice, we must notice that this action was marked by finalizing of the legislative project regarding to the institution of a preliminary urgent procedure which allows the quick and appropriate examination of the preliminary questions referring to the freedom of space, security and justice (among the duties of the communitarian instances we mention the duty to judge direct actions and the duty to pronounce preliminary decisions – procedure which allows a

¹ European Court of Justice Luxembourg – ECJ;

² Decision of the Council 88/591/CECO, CEE, Euratom from 24 October 1988 instituting the First Instance Court of the European Union, published in the Official Journal No. L319 from 25 November 1988;

³ Decision of the Council No. 2004/752/CE/Euratom from 2 November 2004 to create the Tribunal of the public service of the European Union, published in the Official Journal No. L333 from 9 November 2004;

consultation, a „dialogue” between the magistracy of the national instance noticed with a litigation where there are treated aspects regarding to communitarian law and European Court of Justice)¹.

The jurisprudence of the European Court of Justice has a decisive role in the domain of direct fiscality, these appearing regularly in the national legislation and politics of taxation, accentuating the importance of the four freedoms: the freedom of traffic of goods, the free traffic of persons, the right or freedom of establishment, the free traffic of services and capitals.

ECJ judgments generally have effect *ex tunc*. The Court adjudicates on the application and interpretation of Community law from the very moment of its enforcement. The ECJ's judgments are, therefore, of a declaratory, but not of a constitutive character. The results of the ECJ's interpretation are also regularly applied to legal relationships that came into existence before the relevant judgment. In as far as tax assessments are based on national rules contrary to Community law and the relevant limitation period has not yet expired, the taxpayers concerned may in hindsight claim changes to their benefit.

In trying to catch the relevant aspects of the jurisprudence of the Court we are going to present step by step some pronounced decisions in the matter of taxation of physical persons as in the matter of judicial persons.

It can be observed that in the matter of taxation of particulars, some national measures were declared incompatible with the fundamental freedoms of the treaty, because these treated differently identical situations, without a valid fundament.

This way, in the decision from 25 January 2007, case C – 329/05 Finanzamt Dinslaken vs. Gerold Meindl (action opened by Bundesfinanzhof (Germany))² (Freedom of establishment – aspects concerning the interpretation of art. 43 of the EC Treaty – self-employed person – income tax – spouses who live apart on a non-permanent basis – refusal of joint assessment – spouses residing separately – wage compensation benefits for the non-resident spouse – income not subject to tax in the spouse's Member State of residence) – the Court declared that for a resident tax-payer can't be refused by the member state of residence, a common taxation with his/her consort, with whom he/she is not separated and who is living in an other member state, for the reason that this consort has obtained in that mentioned member state in the same time more than 10% from the incomes of the family, respectively more than the actual limit, with the hypothesis that the incomes obtained by the earlier mentioned consort in this other member state are not taxable. For these kind of

¹ Art. 234 of the Treaty Establishing the European Community order that „the Court of Justice shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning:

the interpretation of this Treaty;

the validity and interpretation of acts of the institutions of the Community and of the ECB;

the interpretation of the statutes of bodies established by an act of the Council, where those statutes so provide.

Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court of Justice to give a ruling thereon.

Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court of Justice”.

² Published in the Official Journal No. C 56 din 10 March 2007;

tax-payers must be applied a different procedure, even if objectively, this tax-payer is apparently in the same situation of a resident tax-payer whose consort has the residence in the same member state, on the territory of which he/she obtains only non-taxable incomes. The Court has established that the resident state of these kind of tax-payers is the only one in measure to take into consideration the personal and familial situation of the mentioned tax-payer, because he/she not only lives in that state, but he/she obtains there the totality of the taxable incomes of the couple. This way, with no justification, the fact that this tax-payer cannot benefit no way, in the frame of the common taxation, of the taking into consideration of his/her familial situation, moreover she/he is categorized to the category of the single tax-payers, not taking into consideration his/her marital status, constitutes a discrimination forbidden by the principle of the freedom of establishment.

In an other decision from 30 January 2007, in case C – 150/04, *Commission vs. Kingdom of Denmark*¹, the Court approved to an action to establish the non-fulfillment of the duties, declaring that this is not according to the dispositions of article 39, 43 and 49 of the CE Treaty - legislation permitting taxpayers to deduct or exclude from their taxable income contributions paid to pension schemes in so far as the pension contract was concluded with an institution established on national territory, while excluding any tax advantage for contracts entered into with pension institutions established in other Member States. The Court found that such legislation was liable to deter the freedom of pension institutions in other Member States to provide assurance services and also the freedom of establishment and freedom of movement of workers who originated from or who had worked in another Member State and had already entered into a contract in respect of a pension scheme there. The Court rejected the arguments relating to the need to maintain effective fiscal supervision and to prevent tax avoidance, holding that less restrictive means of achieving those two objectives existed. Nor was a justification relating to the cohesion of the tax system upheld, in the absence of proof of a direct link requiring preservation between a tax advantage and a corresponding disadvantage. The factor liable adversely to affect that cohesion was to be found in the transfer of the residence of the taxpayer between the time of payment of contributions and that of payment of the corresponding benefits, and less in the fact that the pension institution concerned was in another Member State.

In the matter of indirect taxation there can be considered more decisions, beginning with the example of those which were published in the matter of – ***clarifying the notion of inter-communitarian delivery***: the decision of the European Court of Justice from 27 September 2007², case C-409/04, ***Teleos PLC and others*** (Unique Distribution Ltd, Synectiv Ltd, New Communications Ltd, Quest Trading Company Ltd, Phones International Ltd, AGM Associates Ltd, DVD Components Ltd, Fonecomp Ltd, Bulk GSM Ltd, Libratech Ltd, Rapid Marketing Services Ltd, Earthshine Ltd, Stardex (UK) Ltd) c. Commissioners of Customs & Excise; preliminary action created by the High Court of Justice of England and Wales, Queen’s Bench Division (Administrative Court) (UK) (the reference for a preliminary ruling concerns the interpretation of the first subparagraph of art. 28 a (3) and the first subparagraph of art. 28 c (A) (a) of the Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonization of the laws of the Member States

¹ Published in the Official Journal No. C 82 from 14 April 2007;

² Published in the Official Journal No. C 297 from 8 December 2007;

relating to turnover taxes – Common system of value added tax: uniform basis of assessment as amended by Council Directive 2000/65/EC of 17 October 2000 („the Sixth Directive”); The decision of the European Court of Justice from 6 April 2006¹, case C-245/04, EMAG Handel Eder OHG vs. Finanzlandesdirektion für Kärnten, preliminary action formed by Verwaltungsgerichtshof (Austria) – (the reference for a preliminary ruling concerns the interpretation of Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes – Common system of value added tax: uniform basis of assessment, as amended by Council Directive 95/7/EC of 10 April 1995 („the Sixth Directive”), and in particular art. 8 (1) thereof, relating to the place of supply of goods. The reference arose in the course of proceedings between EMAG Handel Eder OHG („EMAG”), established in Austria, and the Finanzlandesdirektion für Kärnten (the Carinthia Regional Tax Authority) concerning the deduction by EMAG of value added tax paid by way of input tax); **in the matter of tax quota:** the decision of the Court from 3 May 2001 case C – 481/98, Commission vs. France. The Commission asks the Court to declare that, by introducing and maintaining in force art. 281 g of the Code Général des Impôts (the General Tax Code), which provides for a rate of 2,1% for value added tax on reimbursable medicinal products, whereas other medicinal products are taxed at the rate of 5,5 %, the French Republic has failed to fulfill its obligations under art.12 of Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Common system of value added tax: uniform basis of assessment (hereinafter the „Sixth Directive”).

In CaseC-73/06 Planzer Luxembourg ²(judgment of 28 June 2007), the Court considered the conditions and detailed rules for refund of VAT such as those laid down by the Eighth Directive 79/ 1072 and by Thirteenth Directive 86/560. This case arose from the refusal of the tax authorities of one Member State to refund to a taxable person having its registered office in another Member State the VAT paid by that person on goods acquired in the first Member State for its taxable transactions, on the ground that there were doubts concerning the actual place from which the business of the taxable person concerned was managed — in the Member State of its registered office or from the parent company established outside Community territory — even though the administration of the Member State of the taxable person’s registered office had issued a certificate concerning that person’s liability to VAT in that State. First of all, the Court confirmed that a certificate in accordance with the model in Annex B to the Eighth Directive does, as a rule, allow the presumption not only that the person concerned is subject to VAT in the Member State of issue, but also that he is established in that State in one way or another, which as a rule binds in fact and law the authorities of the Member State in which refund is sought. Nevertheless, where they have doubts as to the economic reality of the establishment whose address is given in the certificate issued, the authorities concerned may satisfy themselves of that reality by having recourse to the administrative measures made available for that purpose by Community legislation and, if necessary, refuse the refund applied for by the taxable person, without prejudice to any possible legal action by the latter. The Court then went on to state that a company’s place of business for the purposes of art. 1 (1) of the Thirteenth Directive is the place where the essential decisions

¹ Published in the Official Journal No. C 143 from 17 June 2006;

² Court of Justice of the European Communities Annual Report 2007, Luxembourg, 2008, p. 35;

concerning its general management are taken and where the functions of its central administration are exercised. Determination of that place is based on a series of factors, foremost amongst which are its registered office, the place of its central administration, the place where its directors meet and the place, usually identical, where the general policy of that company is determined. Other factors, such as the place of residence of the main directors, the place where general meetings are held, the place where administrative and accounting documents are kept, and the place where the company's financial, and particularly banking, transactions mainly take place, may also need to be taken into account. So, a fictitious presence, such as that of a „letter- box” or „brass- plate” company, cannot be described as a place of business for the purposes of art. 1 (1) of the Thirteenth Directive.

Other important decisions of the European Court of Justice can be considered the followings too:

- decision from 14 February 1995, case C – 279/93, Finanzamt Koeln-Altstadt vs. Roland Schumacker; preliminary action formed by Bundesfinanzhof (Federal Finance Court) (Germany) - obligation of equal treatment - taxation of non-residents' income („resident” and „non-resident” the distinction is important in tax law because usually the two are not comparable. The resident is subject to world-wide taxation whereas the non-resident is subject to limited taxation;

- decision from 8 May 1990, case C – 175/88, Klaus Biehl vs. Administration des contributions du grand-duché de Luxembourg; Preliminary action introduced by Conseil d'État du Grand-duché de Luxembourg (the national court stayed the proceedings and referred the following question to the Court : „Does art. 7 of the EEC Treaty or any other provision of Community law, in particular Article 48 of the said Treaty guaranteeing freedom of movement for workers, preclude a Member State from providing in its tax legislation that sums deducted by way of tax from the salaries and wages of employed persons who are nationals of a Member State and resident taxpayers for only part of the year because they take up residence in the country or leave it during the course of the tax year are to remain the property of the Treasury and are not repayable?”

- decision from 28 January 1986, case 270/83, Commission vs. France („Avoir Fiscal”) (foreign insurance companies with branches in France not given the same tax credits as French companies. The discrimination appears even more clearly because French law uses one criterion to justify imposing tax liability and a different criterion to avoid granting an exemption).

As a conclusion, analyzing the actual situation, in the matter of the Romanian fiscal jurisprudence, we can observe a series of opportunities created by the applicability of the communitarian law are remaining unused. This way it must exist an efficient way to inform those interested about the possibility of elimination of a not favorable treatment from the national legislation or administrative practice, through noticing these to the European Commission and about the possibility that the national instance transmits the case for interpretation for the European Court of Justice and to decide that the suffered prejudices as a sequel of breaking some fundamental rights guaranteed by the European Treaty, to be recovered.

BIBLIOGRAPHY:

1. Duca E., *Codul fiscal al României 2007-2009. Comentat și adnotat cu legislație, doctrină și norme metodologice*, Ediția a II a, București, Editura Universul Juridic, 2009;
2. ***, Court of Justice of the European Communities, www.curia.europa.eu - jurisprudență;
3. ***, Court of Justice of the European Communities Annual Report 2007, Luxembourg, 2008.

MANAGEMENTUL COOPERĂRII ÎN FORMULA PARTENERIATULUI ESTIC

VLĂDULESCU (DAN) ANDREEA MARIA
Consilier Juridic

Abstract: Eastern Partnership it's an ambitious project that provides a substantial level of political engagement, including the prospect of a new generation of association agreements, extensive integration into the E.U. economy, contributes to the dynamic reforms, market integration and counter the risk of new frontiers. Eastern Partnership also wants to establish concrete ways to ensure energy security to be beneficial for all concerned parts and increased the level of financial assistance.

This partnership proposes the most ambitious program of institutional building so far, strengthening and deeping the European Neighborhood Policy to an unprecedented relationship with countries in transition.

Eastern Partnership is the European extern policy of XXI century.

Cuvinte cheie (Keywords): -Securitate Energetica;

-Politica Europeana De Vecinatate;

-Parteneriatul Estic

-Integrare Economica

1.INTRODUCERE

Concepția Parteneriatului Estic a fost lansată pe un teren deja pregătit pentru schimbări în relațiile dintre U.E. și vecinii din est. Mai întâi trebuie spus că Parteneriatul Estic este o parte componentă a Politicii Eurpene de Vecinătate (P.E.V.).

Suedia și Polonia au propus la 23 mai 2008 crearea unui Parteneriat Estic între cele 27 de state membre ale U.E. și șase state din Europa de Est (Armenia, Azerbaidjan, Belarus, Georgia, Republica Moldova și Ucraina). Esența inițiativei este de a consolida relațiile cu vecinii din Europa de Est, în raport cu cei din zona mediteraneană. Este o variantă îmbunătățită a “Politicii de Vecinătate a U.E.”, o inițiativă care regrupa vecinii din est precum Libia, Siria și Autoritatea Palestiniană.

Deși în calitate de autori ai concepției Parteneriatului Estic sunt doar Polonia și Suedia, proiectul în cauză a fost susținut pe diverse căi de către Țările Baltice, Ungaria dar și de către Germania, “locomotiva economică a Europei”. O reacție negativă la această inițiativă au avut doar România și Bulgaria, care mizau pe un alt proiect propus de către aceste state pentru spațiul sud-estic – Sinergia Mării Negre. Ulterior poziția lor s-a schimbat, ele devenind susținătoare ale Parteneriatului Estic.

La aproape o lună de la lansarea propunerii privind concepția Parteneriatului Estic, pe 20 iunie 2008, liderii U.E., veniți în cadrul Consiliului European, au salutat inițiativa polono-suedează și au chemat comisia europeană să propună modalități concrete de implementare a respectivei inițiative în primăvara acestui an.

Președintele Comisiei Europene, Jose Manuel Barroso, a declarat că: “Parteneriatul Estic este un instrument de asociere politică și integrare economică”.

“Rusia, reprezintă o problemă pentru Parteneriatul Estic”, comentează Financial Times. Cele șase foste republici sovietice s-au aflat o lungă perioadă din sec XX sub tutela

Kremlinului. Odată cu dezmembrarea Uniunii Sovietice în 1991, teoreticienii în politica externă de la Moscova au denumit această zonă a Rusiei “străinătatea apropiată”, în timp ce premierul Vladimir Putin și președintele rus Dmitri Medvedev preferă să folosească conceptul de “sferă privilegiată de influență”. Astfel Rusia percepe Parteneriatul Estic ca pe o tentativă a U.E. de a “pătrunde în teritoriu”.

Programul implică inițial acordarea de fonduri europene în valoare de 600 milioane de euro și de alte 250 milioane în perioada 2010-2013.

“Fiecare dintre cele șase state reprezintă însă provocări distincte”, conchide Financial Times, care consideră că cea mai bună soluție ar fi ca U.E. să aducă cele șase țări cât mai aproape posibil prin comerț liber și eliminarea vizelor și doar în cazul Ucrainei – prin promisiunea explicită a unei eventuale aderări.

Parteneriatul Estic nu trebuie să fie o reînnoire a două blocuri, Est și Vest și nu trebuie să fie o luptă pentru influență.

Parteneriatul Estic prevede stabilirea unor relații aprofundate între U.E. și cele șase state din vecinătatea răsăriteană a comunității, având la bază o abordare individuală. Cu aceste state urmează a fi semnate Acorduri de Asociere, însă diferite de cele încheiate cu statele din Balcani, care au perspectivă de aderare la U.E.. Parteneriatul Estic mai prevede instaurarea unei zone comerciale cu adevărat libere și copleșibile, precum și îndepărtarea treptată a tuturor obstacolelor din calea liberei circulații a persoanelor (incluzând, în cele din urmă, eliminarea vizelor) și cooperarea în privința tuturor aspectelor securității, în special a securității energetice. Structura operațională a viitorului cadru unilateral și al Parteneriatului Estic va fi ierarhizată în patru trepte:

1. reuniuni bianuale la nivel de șefi de stat și guvern;
2. reuniuni anuale la nivel de miniștrii de externe ai U.E. și partenerii din Europa de Est care vor evalua progresele Parteneriatului Estic și vor trasa noi obiective;
3. reuniuni la nivel înalt de înalți funcționari ce se vor organiza pe patru platforme tematice de cooperare și anume: democrația, buna guvernare și stabilitatea; integrarea economică și convergența cu politicile U.E.; securitatea energetică; contactele inter-umane;
4. reuniuni la nivel de experți care, de asemenea, se vor întruni pe cele patru platforme tematice.

Parteneriatul Estic implică finanțări noi: valoarea totală a asistenței va crește gradual pentru cei șase parteneri de la 450 milioane euro în 2008 la 785 milioane euro în 2013, o creștere de aproape 75%. Aceasta înseamnă o creștere a fondurilor planificate pentru 2010-2013 cu 350 milioane euro.

Parteneriatul Estic va gestiona problemele de securitate contribuind la stabilitatea și securitatea la granițele cu U.E. și va spori bunele relații de vecinătate și cooperare eficientă între parteneri. Va căuta, de asemenea, să promoveze încrederea din regiune prin creșterea contactelor politice între parteneri, cât și să diminueze barierele comerciale. Parteneriatul Estic prevede o cooperare sporită în domenii specifice din cadrul Politicii Comune Europene de Securitate Externa (PESC) și a Politicii Europene pentru Securitate și Apărare (PESA), inclusiv participarea țărilor partenere în misiuni U.E. și exerciții și coordonarea activității diplomatice.

2.OBIECTIVELE PARTENERIATULUI ESTIC

Acest Parteneriat ambițios prevede adâncirea semnificativă a nivelului de angajare politică, inclusiv perspectiva tranziției la o nouă generație de acorduri de asociere, integrarea extinsă în economia U.E., facilitarea călătoriilor cetățenilor din această regiune către U.E cu condiția îndeplinirii anumitor cerințe de securitate, stabilirea de modalități mai concrete de asigurare a securității energetice care să fie avantajoase pentru toate părțile implicate și creșterea nivelului de asistență financiară.

Obiectivele Parteneriatului Estic pot fi promovate, de asemenea, prin anumite inițiative emblematice care să ofere vizibilitate cooperării multilaterale și să o canalizeze. Aceste inițiative ar trebui să încerce să mobilizeze sprijinul diferiților donatori, finanțarea oferită de diverse instituții financiare internaționale și investițiile din partea sectorului privat.

Deschiderea piețelor și integrarea economică sunt esențiale pentru dezvoltarea partenerilor și pentru consolidarea încrederii lor într-un parteneriat extins cu UE. Prin urmare, acordurile de asociere vor prevedea accesul reciproc pe piață, ceea ce va crea noi oportunități pentru ambele părți și va susține stabilizarea politică.

Un obiectiv pe termen lung ar fi crearea unei rețele de acorduri bilaterale între parteneri, care ar putea conduce eventual la crearea unei Comunități economice de vecinătate.

În sectorul agricol, se vor negocia cu partenerii acorduri privind indicațiile geografice și ar putea fi avut în vedere un dialog privind agricultura, dacă este cazul, pentru a îmbunătăți înțelegerea reciprocă a politicilor agricole ale UE și ale partenerilor și pentru a depune eforturi în direcția armonizării. Protejarea proprietății intelectuale ar putea fi consolidată printr-un dialog aprofundat și prin acorduri de validare între parteneri și Oficiul European pentru Brevete. În vederea dezvoltării activităților economice într-un cadru de reglementare adecvat, se va promova buna guvernanță în domeniul fiscal.

Partenerii subliniază faptul că mobilitatea reprezintă un test decisiv pentru angajarea într-o relație cu UE, iar promovarea mobilității într-un climat de securitate ar trebui să fie o prioritate pentru Parteneriatul estic. UE ar trebui să promoveze mobilitatea cetățenilor cu țările partenere care sunt dispuse să își asume angajamentul de a asigura întrunirea condițiilor necesare pentru o mobilitate bine gestionată și sigură.

Parteneriatul Estic este răspunsul U.E. la provocările și aspirațiile țărilor partenere, având în vedere că U.E. are un interes vital pentru ca vecinătatea sa estică să se dezvolte economic, să fie condusă democratic și să fie mai stabilă.

Principalele elemente ale Parteneriatului Estic sunt următoarele:

- noi acorduri de asociere, care să includă acorduri de liber schimb consolidate și globale pentru țările care sunt dispuse și pregătite să își asume angajamentele pe care le presupune un astfel de acord cu U.E;
- programe cuprinzătoare finanțate, în vederea îmbunătățirii capacității administrative a țărilor partenere;
- integrarea progresivă în economia U.E (adoptând o abordare diferențiată în funcție de specificitățile economiilor partenerilor), inclusiv asumarea de angajamente obligatorii din punct de vedere juridic privind apropierea legislativă;
- încurajarea dezvoltării unei rețele de liber schimb între parteneri, care ar putea să se transforme, pe termen lung, într-o comunitate economică de vecinătate;

- încheierea de “pacte de mobilitate și securitate” care să faciliteze călătoriile în scopuri legitime către U.E, intensificând în același timp eforturile de combatere a corupției, a criminalității organizate și a migrației clandestine. Aceste pacte ar viza și modernizarea sistemelor de azil în vederea asigurării conformității cu standardele U.E și stabilirea unor structuri integrate de gestionare a frontierelor, obiectivul final fiind de a permite călătoriile fără viză în toate țările partenere care participă la această cooperare;
- Comisia va analiza posibilitățile de mobilitate a lucrătorilor, cu scopul de a deschide și mai mult piața forței de muncă a U.E;
- Securitate energetică sporită pentru U.E și partenerii săi răsariteni;
- Programe care sprijină dezvoltarea economică și socială în țările partenere, abordând în special disparitățile economice și sociale pronunțate din aceste țări;
- Crearea a patru platforme politice multilaterale privind: democrația, buna guvernare și stabilitate, integrarea economică și convergența cu politicile de suplimentare a eforturilor individuale de reformă ale partenerilor;
- Inițiative emblematic: programul integrat de gestionare a frontierelor, facilitate pentru IMM-uri, promovarea piețelor regionale de energie electrică a eficienței energetice și a resurselor de energie regenerabile, dezvoltarea coridorului energetic sudic și cooperarea privind prevenirea, pregătirea și răspunsul în cazul dezastrelor naturale și a celor provocate de om;
- Intensificarea contactelor inter personale și o mai mare implicare a societății civile și a altor părți interesate, inclusiv a Parlamentului European;
- Cooperarea sporită în domeniul mediului și a climatului;
- Mai multe contacte între oameni și o implicare mai mare a societății civile și a altor actori.

3. IMPORTANȚA, SCOPUL ȘI BUNA FUNCȚIONARE A PARTENERIATULUI ESTIC

Scopul P.E. este de a delimita vecinii din Est a Uniunii Europene de cei din Sud. Spre exemplu, în cadrul P.E.V. erau încadrate, pe de o parte, state ca Moldova și Ucraina, iar pe de altă parte, țări ca ex. Marocul. Diferențele sunt mari și de aceea unul dintre scopurile P.E. este împărțirea statelor în organisme zonale.

O opțiune care trebuie spusă pentru a aduce claritate, este că P.E. nu a fost inițiat pentru a include țări puternice, ascensate economic și democratic, – ci opusul total. În componența sa vor fi incluse țări cu o democrație ce abia se formează, țări cu regimuri autoritare și nestabile. Deci, prin intermediul acestui program, U.E. apropie 6 țări post-sovietice de normele europene și creează parteneri adaptați necesităților sale.

Cu privire la Caucazul de sud, P.E. va oferi țărilor din această regiune (un exemplu mai clar) ce U.E. a acordat Moldovei și Ucrainei până acum.

Important, ba chiar suprem, rămâne faptul ca toate obiectivele propuse în cadrul P.E. să fie implementate complet. Avem experiență anterioară cu P.E.V., în realitate, din scopurile sale incipiente, fiind implementată doar o modestă listă de acțiuni.

Liderii U.E. au fost unanimi la Praga în 8 mai 2009 că “programul este foarte important pentru consolidarea stabilității pe Continentul European”.

Javier Solana a precizat că: “Acest Parteneriat nu este îndreptat împotriva cuiva, este în interesele de cooperare și stabilitate”. În proiectele din cadrul Parteneriatului vor

participa nu doar țările U.E. și statele antrenate în această inițiativă, ci și alte state, în special Turcia și Rusia.

Potrivit ministrului moldovean Stratan: “soluționarea problemei circulației cetățenilor moldoveni, precum și consecințele ei este o prioritate de prim ordin a relațiilor Republica Moldova – U.E”.

Parteneriatul Estic propune partenerilor estici să adreseze probleme ca: radicalismul și criza financiară economică; conflictul și instabilitatea.

Securitatea energetică a U.E. este strâns legată de cea a partenerilor, iar platforma de securitate energetică a Parteneriatului estic ar trebui să se concentreze asupra măsurilor de interes reciproc.

Parteneriatul estic va avea drept obiectiv consolidarea securității energetice a U.E. și a partenerilor săi în ceea ce privește aprovizionarea cu energie și tranzitul de energie pe termen lung. Comisia propune, ținând seama de cea de-a doua analiză strategică privind energia, o serie de măsuri bilaterale:

- includerea unor dispoziții privind „interdependența energetică” în acordurile de asociere, în concordanță, printre altele, cu politicile U.E. în domeniile comerțului, concurenței și energiei, care urmează să fie negociate cu partenerii ținând seama, dacă este cazul, de memorandumurile de înțelegere existente;

- încheierea rapidă a negocierilor privind aderarea Ucrainei și Moldovei la Comunitatea Energiei. Dacă este cazul, ar trebui luată în considerare extinderea statutului de observator la alți parteneri;

- încheierea unor memorandumuri de înțelegere privind chestiunile energetice cu Moldova, Georgia și Armenia drept instrumente flexibile suplimentare, în cazurile în care acestea sunt necesare. Acestea ar trebui să conțină măsuri de sprijinire și monitorizare a securității aprovizionării cu energie și a tranzitului de energie, inclusiv pentru infrastructuri energetice cheie. În cazul Armeniei, memorandumul de înțelegere ar trebui să abordeze, de asemenea, închiderea centralei nucleare de la Medzamor;

- intensificarea sprijinului pentru integrarea deplină a pieței ucraineene a energiei cea a UE, recunoscând importanța evaluării satisfăcătoare a nivelului de siguranță nucleară în toate centralele nucleare funcționale din Ucraina. Reabilitarea rețelei de tranzit al gazului și petrolului reprezintă o prioritate, inclusiv prin îmbunătățirea monitorizării fluxului de gaz și de petrol către Ucraina.

- consolidarea angajamentului politic față de Azerbaidjan , singurul partener din cadrul Parteneriatului estic care exportă hidrocarburi către U.E., pe baza convergenței treptate a Azerbaidjanului cu piața energetică a U.E. și a integrării infrastructurii sale;

- finalizarea declarației Comisiei Europene și a Belarusului privind energia, care să servească drept bază pentru dezvoltarea ulterioară a cooperării energetice. Această cooperare ar putea viza, printre altele, tranzitul de hidrocarburi și reformele din sectorul energetic;

- încurajarea participării tuturor partenerilor la programul Energie inteligentă pentru Europa. Noile relații cu țările din cadrul Parteneriatului Estic trebuie să se clădească pe baza unor acorduri de asociere specifice fiecărei țări, ceea ce ar constitui un răspuns mai adecvat la aspirațiile partenerilor privind o relație mai strânsă.

Parteneriatul Estic va funcționa pe mai multe niveluri. În ceea ce privește energia, acesta oferă, în primul rând, sprijin bilateral gândit pentru a spori securitatea energetică a fiecărei țări în parte, ținând cont de faptul că nevoile țărilor dependente de gazul rusesc

(Armenia, Moldova), a țărilor de tranzit (Ucraina, Georgia) sau a țărilor furnizoare ca Azerbaidjanul, sunt diferite. În al doilea rând Parteneriatul propune o cooperare multilaterală pentru a îmbunătăți mecanismele de alertă timpurie și gradul de pregătire în cazul apariției unei situații de criză. În al treilea rând Parteneriatul Estic propune un număr de inițiative importante pentru diversificarea surselor de energie și a posibilităților de tranzit pentru U.E. și pentru promovarea energiei curate.

Criza gazului a arătat gradul de dependență a unor state membre față de livrarea de gaz rusec printr-o singură țară de tranzit. Aceasta este o chestiune punctuală pe care trebuie să o abordăm.

Tocmai din acest motiv Parteneriatul Estic propune cel mai ambițios program de construcție instituțională de până acum, întărind Politica Europeană de Vecinătate și aprofundând până la un nivel fără precedent relația cu țările aflate în tranziție, fără să le ofere însă o perspectivă concretă de aderare la U.E.. Prin sprijinul intensiv oferit, U.E. nu investește doar în stabilitate politică și economică a țărilor de Parteneriat, ci și în bunăstarea proprie.

Succesul acestei inițiative va depinde de o voință politică, puternică a statelor membre ale U.E. dar și a țărilor partenere.

4.CONCLUZII

Construcția unei relații cu orice partener trebuie să aducă beneficii ambelor părți, iar Parteneriatul Estic nu face excepție. Partenerii estici doresc un regim comercial liber și relaxarea condițiilor de călătorie. U.E. vrea să încurajeze reformele. Putem să facem progrese reale în ce privește acordurile de liber schimb doar dacă economiile partenerilor sunt cu adevărat pregătite să facă față competiției. Și se poate oferi un regim de vize mai permisiv doar țărilor care au documente de călătorie sigure, frontiere administrate corespunzător și au semnat acorduri de readmisie privind persoanele returnate.

Dacă dorim să protejăm securitatea, trebuie să fim deschiși să progresăm cu aceste dorințe – cheie ale partenerilor. Avem exigențe mari și trebuie să fim dispuși să oferim ceva în schimb.

Vor exista mereu voci care, de îndată ce amintirea ultimei crize ni se va fi șters din memorie, vor prefera o relație modestă cu țările a căror evoluție este atât de diferită comparativ cu a noastră și a căror aspirație europeană este fragilă. Această abordare este însă limitată.

Pentru a evita crizele în viitor, trebuie să fim ambițioși – să deschidem piețe pentru bunuri, bunurile produse de noii noștri competitori și să permitem, în baza unor acorduri de mobilitate controlată, un acces mai larg al lucrătorilor acestor țări pentru a beneficia de abilitățile de care piața europeană a forței de muncă are atâta nevoie. Toate acestea presupun alocarea unor fonduri din impozitele plătite de către contribuabili europeni.

Propunerea pe care Comisia a înaintat-o statelor membre este în cazul cetățenilor europeni. Parteneriatul Estic nu este un act de caritate. Este politica externă europeană a secolului al XXI-lea. Bazându-ne pe instrumentele unice ale U.E., dorim să ajungem la încheierea unui Parteneriat inovator cu țările care încearcă să depășească trecutul lor comunist. Sunt convinsă că, dacă stabilim standarde ridicate în ce privește așteptările și oferta noastră, "Parteneriatul Estic" va aduce beneficii și prosperitate cetățenilor europeni pentru mult timp de acum încolo.

Întrebarea este dacă ar putea un proiect european să schimbe destinul unor foste republici sovietice?

Să zicem că lucrul acesta probabil nu se va întâmpla foarte curând, însă U.E. are nevoie de influență și la granița de est a Europei.

Este necesar să folosim toate oportunitățile care le oferă Parteneriatul Estic, pentru a avea o apropiere graduală de U.E., pentru a îmbunătăți calitatea vieții cetățenilor noștri, nu doar prin vorbe ci și prin fapte. Parteneriatul Estic nu prevede perspectiva de aderare la U.E., dar nici nu interzice acest lucru statelor care aspiră la integrare, iar noi trebuie să fim pregătiți pentru momentul când poarta Marii Familii Europene se va deschide și pentru Republica Moldova.

Parteneriatul Estic nu trebuie perceput de statele est-europene drept mijloc sigur pentru ulterioara aderare la U.E, ci doar drept instrument eficace suplimentar pentru avansarea proceselor de integrare europeană individuale.

Parteneriatul estic va contribui la dinamizarea reformelor, la integrarea piețelor și a societăților, la proiectarea stabilității și la contracararea riscului de apariție a unor noi frontiere pe continentul nostru.

BIBLIOGRAFIE

1. <http://www.karadeniz-press.ro/kara;>
2. <http://www.newsinfo.com;>
3. <http://www.ziare.com;>
4. http://eur_lex.europa.eu/Notice.do?mode
5. Poland and Sweden to pitch 'Eastern Partnership' ideea, <http://euobserver.com>
6. http://ec.europa.eu/external_relations/eastern/index_en.htm
7. http://ec.europa.eu/world/enp/index_en.htm
8. http://ec.europa.eu/world/enp/partners/enp_armenia_en.htm
9. http://ec.europa.eu/world/enp/partners/enp_azerbaidjan_en.htm
10. http://ec.europa.eu/world/enp/partners/enp_belarus_en.htm
11. http://ec.europa.eu/world/enp/partners/enp_georgia_en.htm
12. http://ec.europa.eu/world/enp/partners/enp_moldova_en.htm
13. http://ec.europa.eu/world/enp/partners/enp_ukraine_en.htm
14. Un plan de acțiune al UE pentru securitate și solidaritate în domeniul energiei - COM (2008) 744.
15. Comunicare a Comisiei către Parlamentul European și Consiliu COM(2008) 823 final

ABUZUL DE POZIȚIE DOMINANTĂ

Lect. Univ. Dr. POPESCU GHEORGHE

Asist. Univ. Drd. MARCOCI PETRILA – MIHAIL

Academia de Poliție „Al. I. Cuza” – Catedra de Investigații Criminale

Abstract: The abuse undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part consist in:

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;

(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;

(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

The abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it is prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States.

Reglementarea raporturilor concurențiale între agenții economici reprezintă o obligație a statului, implementarea politicilor aferente domeniului constituind garanția viabilității sistemului economic și comercial. De altfel, concurența liberă a devenit principalul mecanism de reglare a pieței în cadrul unei economii libere. Conceptul abuzului de poziție dominantă se bazează subiacent pe reglementarea legală a noțiunii de abuz de drept, care la rândul său a cunoscut o serie de definiții marcate de realitățile socio-istorico-economico-politice ale momentelor când au fost realizate respectivele demersuri.

Dreptul subiectiv constituie o instituție esențială a dreptului, în general, și a dreptului civil, în special. Pe calea dreptului subiectiv ca mijloc tehnic se realizează prerogativele conferite de lege diferiților subiecți ai raporturilor juridice precum și delimitarea sferelor de acțiune necesare fructificării propriilor drepturi. Astfel, dreptul subiectiv se metamorfozează în starea de drept protejată de ordinea juridică.

Instituția dreptului subiectiv a fost definită, în timp, sub forme dintre cele mai diverse¹, ea marcând amprenta unei realități în care exercițiul libertăților a fost consfințit legal, permis sau restrâns în funcție de realitățile timpurilor respective.

Dreptul subiectiv a fost apreciat ca fiind “puterea ce o are fiecare individ de a pretinde ca facultățile, aptitudinile, și puterile sale care nu sunt îngrădite, sau, mai exact în limita în care ele nu sunt îngrădite prin lege, să fie nu numai respectate, adică nesupărate de alții sau de societate prin organele sale, ci să fie, atunci când ele s-au tradus în acte de voință creatoare de raporturi juridice cu alții, sprijinite de societate prin organele sale spre a fi aduse la îndeplinire efectele raporturilor create”².

¹ N. Popa – *Teoria generală a dreptului*, Tipografia Universității București, București, 1999, p. 197 – 198

² M. Cantacuzino – *Elementele dreptului civil*, Editura Cartea Românească, București, 1921,

În doctrină a fost formulată o definiție în care dreptul subiectiv apare ca “fiind posibilitatea juridică a titularului său de a desfășura în limitele legii, o anumită conduită în virtutea căreia poate pretinde persoanei obligate să aibă o comportare corespunzătoare, ce poate fi impusă, în caz de necesitate, prin forța coercitivă a statului”¹.

Dreptul subiectiv civil reprezintă o posibilitate admisă juridic în timp ce exercițiul dreptului devine materializarea posibilității juridice. Astfel, pe calea dreptul subiectiv titularul are un temei legal în scopul de a solicita altora un anumit tip de comportament, cât și obligația de limitare a propriei conduite.

Dar, din perspectivă juridică, lucrurile devin ceva mai complicate în situația în care analizăm întinderea dreptului subiectiv în sfera activității economice, marcată de libertatea înființării unor agenți economici prin care întreprinzătorul, pe baza accesului liber și nediscriminatoriu la resurse, fructifică oportunități în scopul obținerii de profit. Doctrina economică neoliberală pornește de la premisa intervenției minimale a statului în economie, atât în ceea ce privește reglementarea juridică a raporturilor economice cât și a ajutoarelor de stat, directe sau mascate oferite unor agenți economici aflați în dificultăți temporare de natură comercială ori financiară.

Din această perspectivă interacțiunea celor două sfere- economică și juridică- marcate de legități proprii diferite, dacă nu contradictorii, se răsfrânge extrem de violent asupra conceptului de drept subiectiv de natură economică.

Lumea economică contemporană se află sub influența a două curente- globalizarea economică și dereglementarea sectorială- care au avut ca efect liberalizarea extinsă a piețelor care a condus la unificarea și codificarea cutumelor și uzanțelor comerciale.

Sub aspect terminologic, denumirea „abuz de drept” indică limitarea ideii de abus exclusiv la drepturile subiective.

În legislația românească² este consacrată ideea de “abuz de poziție dominantă” prin prevederile art. 6 din Legea concurenței care stipulează că:

“Este interzisă folosirea în mod abuziv a unei poziții dominante deținute de către unul sau mai mulți agenți economici pe piața românească ori pe o parte substanțială a acesteia, prin recurgerea la fapte anticoncurențiale, care au ca obiect sau pot avea ca efect afectarea activității economice ori prejudicierea consumatorilor. Asemenea practici abuzive pot consta, în special, în:

a) impunerea, în mod direct sau indirect, a prețurilor de vânzare sau de cumpărare, a tarifelor ori a altor clauze contractuale inechitabile și refuzul de a trata cu anumiți furnizori sau beneficiari;

b) limitarea producției, distribuției sau dezvoltării tehnologice în dezavantajul utilizatorilor ori consumatorilor;

c) aplicarea, în privința partenerilor comerciali, a unor condiții inegale la prestații echivalente, provocând în acest fel, unora dintre ei, un dezavantaj în poziția concurențială;

d) condiționarea încheierii unor contracte de acceptarea, de către parteneri, a unor clauze stipulând prestații suplimentare care, nici prin natura lor și nici conform uzanțelor comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte;

p.30.

¹ Teofil Pop – *Tratat de drept civil*, vol. I, Partea generală, Editura Academiei, București, 1989, p. 70-71

² Legea concurenței nr. 21/1996, republicată în “Monitorul oficial al României”, Partea I, nr. 742/16.08.2005.

e) *practicarea unor prețuri excesive sau practicarea unor prețuri de ruinare, în scopul înlăturării concurențelor; sau vânzarea la export sub costul de producție, cu acoperirea diferențelor prin impunerea unor prețuri majorate consumatorilor interni;*

f) *exploatarea stării de dependență în care se găsește un alt agent economic față de un asemenea agent sau agenți economici și care nu dispune de o soluție alternativă în condiții echivalente, precum și ruperea relațiilor contractuale pentru singurul motiv că partenerul refuză să se supună unor condiții comerciale nejustificate.”.*

Din perspectivă juridică, legislația română nu definește în cadrul Legii concurenței ce reprezintă “poziția dominantă” sau situațiile în care un agent economic se poate afla într-o atare situație. Ori, în această situație, poziția dominantă a unui agent economic ar putea fi apreciată numai din perspectivă economică, evident cu limitările aferente acestui criteriu.

Din perspectiva noastră, poziția dominantă trebuie evaluată în raport cu cota de piață sectorială sau la nivel național ori cu cota deținută pe o piață locală la un moment dat

În cele ce urmează vom proceda la analizarea prevederilor legislației concurențiale incidente în sfera abuzului de poziție dominantă și congruența acestora cu conceptele economice uzitate și implicit acceptate în sfera economico-financiară.

Impunerea, în mod direct sau indirect, a prețurilor de vânzare sau de cumpărare poate constitui o limitare a dreptului subiectiv conferit unui agent economic de a-și desface marfa ori de a-și asigura materia primă necesară proceselor de fabricație ori activităților de desfacere. În principiu, nu există nicăieri stipulată obligația unui agent economic de a negocia cu vânzătorii, distribuitorii ori cu furnizorii de materii prime și cu atât mai mult de a-și limita propriile câștiguri prin negocierea unor contracte de vânzare, distribuție sau achiziție.

Pe de altă parte, alegerea societăților comerciale care urmează să desfacă mărfurile produse către consumatorul final trebuie să rămână un atribut fundamental al oricărui producător. Ar fi inacceptabilă situația în care fabricantul ar avea un profit de 3 unități monetare per produs iar vânzătorul ar înregistra un câștig de 10 unități pe respectivul produs.

În această situație, considerăm că furnizarea unor mărfuri condiționată de practicarea unui anumit preț către consumatorul final trebuie exclusă din sfera abuzului de poziție dominantă, cu atât mai mult cu cât o practică de acest gen facilitează interesul consumatorului de a nu fi prejudiciat prin practicarea unor prețuri excesive de către vânzătorul final.

Tot astfel ar constitui o invalidare a dreptului subiectiv de a vinde un produs și o violare a legității economice a binomului volum al vânzărilor- preț de desfacere, impunerea uniformizării prețurilor de livrare a produselor către orice distribuitor ori vânzător interesat în desfacerea respectivului produs.

În opinia noastră, inechitatea impunerii unor clauze comerciale poate fi apreciată și evaluată numai în situația unor volume egale sau sensibil egale ale achizițiilor ori desfacerii respectivelor produse, în situația contrară prevederea legislativă putând fi considerate un abuz de incriminare.

Impunerea unor clauze comerciale poate fi și efectul unor stări, situații sau circumstanțe specifice atât fabricantului, distribuitorului ori vânzătorului unui produs, cum ar fi:

- Dificultăți financiare temporare ale fabricantului constrâns să solicite achitarea în avans a plăților aferente livrărilor

- Expunerea ridicată a unui partener în raport cu altă societate comercială aflată în stare de insolvență
- Existența unor debite neachitate deși deveniseră exigibile
- Solicitarea unor garanții din partea furnizorilor de materii prime
- Alte situații notorii ori mai puțin cunoscute în mediul de afaceri care impun precauție din partea unui contractant.

O altă situație care nu este exceptată de reglementarea actuală o constituie condiționarea livrării produselor de lux de îndeplinirea unor anumite condiții de către societatea care urmează să realizeze vânzarea produsului către consumatorul final.

Limitarea producției sau distribuției poate fi abordată atât prin prisma consumatorului cât și a producătorului. Dar ar trebui evaluată această limitare din perspectiva eficienței economice pe care urmează să o înregistreze fabricantul sau distribuitorul, deoarece ar fi inadmisibil ca interesul consumatorului să impună acceptarea unor pierderi financiare ale agentului economic.

Pe de altă parte limitarea producției sau distribuției trebuie privită și în raport cu nivelul de economicitate al ofertei, acest gen de comportament fiind susceptibil de a menține un nivel satisfăcător al prețurilor ca interes major al fabricantului sau distribuitorului.

Situația ar deveni sensibil alta atunci când limitarea producției sau distribuției s-ar practica la companiile care beneficiază de poziție de monopol pe piața unui produs, când abuzul de poziție ar deveni evident, necesitând intervenția Consiliului Concurenței.

Aplicarea, în privința partenerilor comerciali, a unor condiții inegale la prestații echivalente este o altă situație incriminată de legislația concurențială ca abuz de poziție dominantă.

Analizând obiectiv putem constata faptul că apariția condițiilor inegale la prestații echivalente poate fi efectul unei politici de marketing deficitare la nivelul firmelor contractoare ale bunurilor, serviciilor sau lucrărilor, situație care nu ar fi imputabilă nicidecum companiei furnizoare.

Libertatea negocierii, limitele și efectele acesteia constituie un alt drept subiectiv al unei societăți comerciale, care nu ar trebui condiționat pe criteriul similarității ofertelor, cu atât mai mult cu cât materializarea acestui drept e reprezentată de surplusul de profit. Cu alte cuvinte, alegerea condițiilor de contractare nu este condiționată de oferirea unor condiții identice la prestații echivalente, ca elemente definitorii ale politicii de marketing a unei companii.

Chiar și în cazul în care să admitem că pe piața internă ar putea exista un monopol, o companie românească, în calitate sa de comerciant pe piața unică europeană, nu ar putea invoca obligația monopolului de a-i furniza produse în condiții similare cu ale altui comerciant la prestații echivalente, întrucât poate negocia oricând cu orice altă firmă furnizoare de produse identice de pe piața europeană.

Apariția dezavantajului în poziția concurențială ca urmare a condițiilor inegale oferite de comerciantul aflat în poziție dominantă clienților care prezintă prestații echivalente este un alt aspect discutabil al reglementării concurențiale. Acest tip de dezavantaj poate exista, în principiu, în condițiile practicării unor cote egale de adaos la același volum de vânzări, însă la fel poate fi compensat prin practicarea unor adaosuri inferioare care ulterior, conform legităților economice, ar trebui să genereze creșterea volumului vânzărilor.

Cu alte cuvinte, deși are caracter relativ protectiv față de subiecții unor raporturi juridice comerciale, această reglementare (art. 6 alin.1 lit. c al Legii nr.21/1996 privind concurența neloială) își poate realiza efectele și prin activarea altor mecanisme compensatorii ce țin mai mult de sfera managementului vânzărilor decât de sfera dreptului concurenței.

Condiționarea încheierii unor contracte de acceptarea, de către parteneri, a unor clauze stipulând prestații suplimentare care, nici prin natura lor și nici conform uzanțelor comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte constituie o practică concurențială inacceptabilă atunci când inițiatorul este un comerciant aflat într-o poziție dominantă pe o piață, situație în care reglementarea este oportună și este menită a împiedica tocmai abuzul ca exercitare frauduloasă a dreptului subiectiv.

Practicarea unor prețuri excesive în scopul înlăturării concurenților poate fi abordată numai prin prisma prețurilor exagerat de mici. Legislația comercială interzice vânzarea unui produs sub prețul de fabricație, însă lucrurile se transformă radical în situația în care prețul de vânzare exagerat de mic este rezultatul sumei dintre prețul de fabricație și un adaos comercial foarte mic practicat în scopul creșterii rapide a cotei de piață a companiei pe piața respectivului produs.

Este evident că în această situație unul dintre efectele colaterale poate fi pe termen mediu și lung înlăturarea concurenților. Dar, pe de altă parte, practicarea unor prețuri exagerat de mici, dar oricum superioare prețului de fabricație, este și în beneficiul consumatorilor și în avantajul companiei care practică această politică în vederea extinderii cotei de piață

Invocarea unei atare situații ar trebui să ridice problema adaptabilității politicilor practicate în sfera vânzărilor de companiile concurente și pe cale de consecință ar trebui să fie exceptată din sfera incriminării legale în materie concurențială.

Practicarea unor prețuri de ruinare, în scopul înlăturării concurenților, presupune practicarea unor prețuri de vânzare inferioare celor de fabricație, aspect inadmisibil din perspective legislației comerciale. Pe de altă parte, este de observat faptul că reglementarea actuală circumstanțiază prin scop practicarea prețurilor de ruinare, și anume, în vederea înlăturării concurenței.

În opinia noastră, acest gen de practică poate fi acceptată în situația în care, cumulativ, sunt îndeplinite următoarele condiții:

- stocurile de produs sunt foarte mari
- societatea comercială are dificultăți în ceea ce privește lichiditățile necesare achitării obligațiilor față de creditori

În această situație, practica vânzării bunurilor sub prețul de fabricație poate fi acceptată, pe durată de timp limitată, întrucât contribuie la facilitarea unor interese economice ale partenerilor și la securizarea din perspectivă financiară a circuitului comercial.

Vânzarea la export sub costul de producție, cu acoperirea diferențelor prin impunerea unor prețuri majorate consumatorilor interni constituie o practică inacceptabilă în special în situația monopolurilor. Dar în egală măsură trebuie să observăm că cel puțin în situația României, existența monopolurilor este strict limitată la bunurile care nu intră în circuitul comercial, unde derularea efectivă a tranzacțiilor impune autorizări sau avizări prealabile, vânzările de acest gen neputând distorsiona în mod grav piața.

Pe de altă parte vânzarea unor produse la export sub prețul de fabricație este o operațiune relativ periculoasă întrucât practica vamală învederează faptul că atunci când există dubii referitoare la prețul real al mărfii importate, autoritățile vamale din țara importatoare aplică taxe vamale conform prețurilor din nomenclatoarele tarifare și nu asupra celor prevăzute în facturile sau contractele de import-export.

Exploatarea stării de dependență în care se găsește un alt agent economic față de o societate comercială aflată în poziție dominantă și care nu dispune de o soluție alternativă în condiții echivalente, precum și ruperea relațiilor contractuale pentru singurul motiv că partenerul refuză să se supună unor condiții comerciale nejustificate constituie o practică abuzivă asupra căreia dorim să facem câteva observații.

Inexistența unei soluții alternative în condiții echivalente este cu greu acceptabilă în condițiile aderării României la Uniunea Europeană, unde numărul furnizorilor de produse similare sau echivalente este foarte mare.

Pe de altă parte, ruperea relațiilor contractuale, și în special, condițiile realizării acestora trebuie prevăzute cu claritate în contractele comerciale pe care o societate le încheie. Tot astfel, trebuie să admitem că și societatea aflată în poziție dominantă poate invoca rezilierea contractului invocând excepția *“rebus sic non standibus”*.

Conceptul de abuz de poziție dominantă în reglementările comunitare

Concurența respectivul comerțul liber în cadrul Uniunii Europene pot fi afectate în sens negativ nu numai de “carteluri” (care pot fi definite ca acorduri între întreprinderi, decizii ale asociațiilor de întreprinderi și practici concertate), ci și de către “pozițiile dominante”, adică de către întreprinderile situate pe poziții de cvasimonopol ori cu cotă de piață relevantă.

Din acest motiv s-a avut în vedere controlarea poziției economice favorizate a celor capabili de a domina piața, concomitent cu urmărirea potențialelor avantaje economice sau juridice ce decurg dintr-o asemenea poziție.

Art. 82 al TCE (fost art. 86) prevede că “orice abuz din partea unuia sau a mai multor agenți economici aflați într-o poziție dominantă în piața comună sau într-un segment al acesteia este interzis, atâta vreme cât poate afecta comerțul dintre statele membre”.

Abuzul de poziție dominantă reprezintă o activitate anticoncurențială și unilaterală, deosebindu-se de situațiile reglementate de art. 81 (ex 85) TCE, care sunt activități bilaterale sau multilaterale și care reprezintă strict practice anticoncurențiale.

Art. 82 se aplică în toate compartimentele economice, atât în sectorul privat cât și în cel public, excepție făcând cărbunele, oțelul și apărarea. Se dorește menținerea concurenței în piața comună.

Abuzul de poziție dominantă se manifestă atunci când, prin comportamentul său, o firmă influențează structura sau gradul de concurență de pe piața respectivă, chiar și în situația în care un asemenea comportament este rezultatul anumitor dispoziții legislative. Din acest punct de vedere se poate aprecia că reglementarea comunitară este mai restrictivă decât cea existentă în România.

În situația în care una sau mai multe întreprinderi dețin o poziție dominantă la nivelul pieței comunitare, aceasta nu atrage automat atribuirea de practici abuzive. Uneori, poziția dominantă este urmarea unei activități profitabile în egală măsură pentru întreprinderi și pentru beneficiari, activitate desfășurată de-a lungul anilor prin furnizarea de produse și servicii de înaltă calitate, potrivit cu exigențele consumatorilor.

Tipurile de abuz de poziție dominantă sunt prezentate în articolul 82 (ex 86) al TCE și constau în:

a) Abuzurile constând în „impunerea în mod direct sau indirect a prețurilor de cumpărare sau de vânzare, în mod neechitabil”¹.

b) Abuzurile constând în „limitarea producerii debușeurilor sau a dezvoltării tehnice în prejudiciul consumatorilor”

c) Abuzuri constând în „aplicarea cu privire la partenerii comerciali a condițiilor inegale pentru prestări echivalente, aducând astfel un dezavantaj în concurență”

d) Abuzuri constând în „subordonarea încheierii unor contracte de prestații suplimentare care, prin natura lor sau uzanțele comerciale, nu au legătură cu aceste contracte”.

Analizând reglementarea europeană se poate lesne constata că tipologia incriminatoare a comportamentelor aferente abuzului de poziție dominantă se regăsesc și în legislația românească, deși aceasta a intrat în vigoare cu 11 ani înainte de data aderării României la Uniunea Europeană.

Pe de altă parte, cadrul incriminator al legii române este sensibil mai larg decât reglementarea europeană, ceea ce ar trebui să permită o protecție superioară a intereselor consumatorilor români, deziderat nerealizat întotdeauna ca efect al slabei capacități reactive a instituției abilitate să investigheze practicile anticoncurențiale- Consiliul Concurenței.

¹ Gerard Druesne – Droit Materiel et politiques de la Communaute europeene, PUF, 1991, pag. 194

TRANZACȚIILE INTRACOMUNITARE. MODALITĂȚI DE FRAUDARE LA REGIMUL T.V.A.

Lect. univ. dr. MARIUS PANTEA
Prep. univ. MIHUȚ ARDELEAN
Academia de Poliție „A.I.Cuza”

Abstract: One of the major problems facing European Union is that fraud is committed in damage to the Union budget, budget defined by experts as the concrete expression of a genuine common heritage of EU citizens and the instrument par excellence of European policy. The analysis in this article focuses on the narrow concept of fraud affecting Community financial interests, referring only to acts prejudicial to the effective EU budget through fraud carousel to Value Added Tax regime (VAT).

Una dintre problemele majore cu care se confruntă Uniunea Europeană este aceea a fraudelor care se comit în dauna bugetului Uniunii, buget definit de experți ca expresia concretă a unui veritabil patrimoniu comun al cetățenilor Uniunii și ca instrumentul prin excelență al politicii europene¹. Multiplele investigații efectuate în această privință au relevat că bugetul Uniunii este fraudat atât la capitolul venituri, cât și la cel al cheltuielilor, ceea ce înseamnă că la bugete sunt vărsate sume mai reduse decât cele datorate în mod normal, iar la capitolul cheltuieli se constată că unele sume acordate de organele comunitare ca subvenții și ajutoare ajung adesea să ia alte destinații decât cele conforme cu scopurile pentru care au fost acordate și cu interesele Uniunii.

Având în vedere că fraudă care afectează bugetul de venituri și cheltuieli al Comunităților Europene este adesea comisă de organizații criminale care își desfășoară activitatea pe teritoriul mai multor state, a devenit necesară incriminarea acțiunilor care aduc atingere intereselor financiare ale Comunităților Europene și adoptarea unor definiții comune care să permită cooperarea statelor în prevenirea și combaterea unor astfel de acțiuni.

Un prim pas s-a făcut prin adoptarea Convenției privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene, în anul 1995. Definiția comportamentului fraudulos în art. 1 al Convenției PIF este dispoziția cheie în asigurarea unui nivel minim al protecției penale împotriva fraudei. Pentru a acoperi diferitele tipuri de fraudă, sunt stabilite două definiții distincte, dar asemănătoare, una referindu-se la venituri, cealaltă la cheltuieli.

Atât în ceea ce privește veniturile, cât și cheltuielile, aspectele comune privind definiția fraudei sunt: elementul material care descrie comportamentul fraudulos și latura subiectivă a infracțiunii.

Frauda în materie de *cheltuieli* constă în:

⇒ folosirea sau prezentarea de documente false, inexacte sau incomplete care au ca efect obținerea pe nedrept de fonduri din bugetul general al Comunităților Europene sau din bugetele administrate de aceasta ori în numele său;

¹ *Corpus Juris*, cuprinzând dispoziții penale privind protecția intereselor financiare ale Uniunii Europene, sub redacția lui Mireille Delmas-Marty, Editura Carl Haymanns, Köln, Berlin, Bonn, Munchen, 1998, pag.103, citat de George Antoniu, *Protecția penală a intereselor financiare ale Comunităților Europene*, în RDP nr.2, 2002, pag. 9.

⇒ omisiunea de a furniza datele cerute prin violarea unei obligații specifice, cu același efect;

⇒ schimbarea destinației fondurilor obținute în alte scopuri decât cele pentru care au fost inițial acordate.

Frauda în materie de *venituri* constă în orice acțiune sau inacțiune intenționată privind:

⇒ folosirea sau prezentarea de documente false, inexacte sau incomplete care au ca efect diminuarea ilegală a veniturilor din bugetul general al Comunităților Europene sau din bugetele administrate de acesta ori în numele său;

⇒ omisiunea de a furniza datele cerute prin violarea unei obligații specifice, cu același efect;

⇒ schimbarea, fără respectarea prevederilor legale, a destinației unui folos legal obținut, cu același efect.

În legislația Uniunii Europene, noțiunea de fraudă este folosită atât în legătură cu infracțiunile internaționale săvârșite pe teritoriul Uniunii Europene (cum ar fi fraudă internațională), cât și în legătură cu infracțiunile transnaționale, îndreptate împotriva intereselor Uniunii Europene (cum ar fi fraudă care afectează interesele financiare comunitare). Chiar și acest ultim tip de fraudă are mai multe accepțiuni în legislația comunitară. Astfel, Oficiul European de Luptă Antifraudă (O.L.A.F.) are competența de a urmări faptele care aduc atingere intereselor financiare comunitare, incluzând aici fraudă în materie de carduri bancare (prin sustragerea, falsificarea, clonarea acestora), falsificarea monedei euro, cât și infracțiunile specifice de fraudă care afectează interesele financiare comunitare¹.

Analiza din acest articol se axează pe conceptul restrâns de fraudă care afectează interesele financiare comunitare, referindu-se numai la faptele care prejudiciază efectiv bugetul Uniunii Europene, prin fraudă de tip „*carousel*” la regimul Taxei pe Valoarea Adăugată (TVA).

Acest tip de fraudă are la bază un mecanism destul de simplu, cel puțin în aparență: operatorul economic din țara de origine facturează fără TVA (deoarece efectuează o livrare intracomunitară, care intră în categoria operațiunilor scutite de TVA cu drept de deducere), iar operatorul economic din țara de destinație va aplica regimul taxării inverse pentru această operațiune (deoarece efectuează o achiziție intracomunitară, calculând și înregistrând TVA aferentă achizițiilor intracomunitare, la cota de impozitare a țării sale, atât ca TVA colectată, cât și ca TVA deductibilă, tară însă a o plăti în mod efectiv). Ulterior efectuării achiziției intracomunitare, operatorul economic în cauză dispare fără să înregistreze, să declare și să plătească TVA-ul colectat aferent livrărilor ulterioare efectuate pe piața sa internă (așa-numitele firme de tip „*bidon*”, colectoare a unor obligații fiscale privind TVA, care însă nu vor fi niciodată achitate). Acest operator economic (în speță, firma de tip „*bidon*”) mai este denumit, datorită comportamentului său volatil de tip „*fantomă*”, în practicile de investigare a fraudei de tip „*carousel*”, și „*veriga lipsă*” din comerțul intracomunitar.

Frauda de tip „*carousel*” privind TVA-ul aferent tranzacțiilor intracomunitare presupune un lanț de operațiuni succesive de vânzare-cumpărare transfrontaliere, efectuate în interiorul pieței comunitare (fără a exclude însă și posibilitatea interpunerii unor firme-verigă din afara Comunității), de un grup de operatori economici, care, uneori, caută să

¹ Prevăzute în art.1 din Convenția PIF.

exploateze, sub o aparentă tentă de legalitate, și diferențele dintre cotele de impozitare practicate de statele membre UE.

Aderarea țării noastre la structurile economice comunitare a impus o serie de modificări la nivelul legislației fiscale naționale, în scopul armonizării acesteia cu reglementările europene din domeniu. Modificarea conținutului normativ al unor reglementări deja existente sau introducerea altora noi a vizat în special, legislația privind TVA, deoarece aceasta avea mai mult caracterul unei legislații naționale.

Una dintre cele mai importante modificări ale cadrului legislativ din domeniu este reprezentată de noul Cod penal care urmează să intre în vigoare, în care sunt incriminate o serie de fapte ce aduc atingere intereselor financiare ale Comunităților Europene – Partea specială – titlul XI – capitolul IV – Crime și delikte contra intereselor financiare ale Comunităților Europene.

Un alt element de noutate este reprezentat și de O.U.G. 49/01.06.2005 privind stabilirea unor măsuri de reorganizare în cadrul administrației publice centrale, conform căreia se organizează și funcționează Departamentul pentru Luptă Antifraudă.

De asemenea, a fost adoptată și H.G. nr. 793/14.07.2005 prin care a fost aprobată Strategia Națională de Luptă Antifraudă pentru Protecția Intereselor Financiare ale Uniunii Europene în România.

Totodată, trebuie avute în vedere prevederile O.U.G. 134/29 septembrie 2005 pentru modificarea și completarea Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 43/2002 privind Parchetul Național Anticorupție unde, la art. 17, se menționează următoarele : „Infrațiunile împotriva intereselor financiare ale Comunităților Europene sunt de competența Departamentului Național Anticorupție”.

Cadrul normativ pentru protecția intereselor financiare comunitare împotriva fraudei în România este fundamentat pe următoarele acte normative:

⇒ Legea 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției, cu modificările și completările ulterioare;

⇒ Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, cu modificările și completările ulterioare;

⇒ Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 43/2002 privind Departamentul Național Anticorupție, cu modificările și completările ulterioare;

⇒ O.U.G. 134/29 septembrie 2005 pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 43/2002 privind Departamentul Național Anticorupție ;

⇒ H.G. nr. 793/14.07.2005 prin care a fost aprobată Strategia Națională de Luptă Antifraudă pentru Protecția Intereselor Financiare ale Uniunii Europene în România;

⇒ O.U.G. 49/01.06.2005 privind stabilirea unor măsuri de reorganizare în cadrul administrației publice centrale ;

⇒ Legea 315/2004 (care a abrogat Legea 151/1998) privind dezvoltarea regională în România, cu modificările și completările ulterioare;

⇒ Ordonanța Guvernului nr. 79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător, (aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003), cu modificările și completările ulterioare;

⇒ Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, cu modificările și completările ulterioare;

⇒ Legea nr. 241/2005 pentru combaterea evaziunii fiscale;

⇒ Regulamentul Băncii Naționale a României nr. 8/2002 privind procedura în cazul constatării de bancnote și monede euro false sau contrafăcute.

Prin modificările aduse Codului fiscal începând cu data de 1 ianuarie 2007, s-a urmărit preluarea *acquis* -ului comunitar privind taxa pe valoarea adăugată în cuprinsul prevederilor fiscale românești¹. Noutatea unor concepte sau mecanisme introduse în acest sens, la nivelul acestui impozit indirect, are rolul de a accelera transpunerea în practică a directivelor comunitare. Transpunerea în legislația națională a directivelor europene din domeniul TVA a presupus, în mod prioritar, definirea conceptuală a termenilor de „achiziție intracomunitară” și de „livrare intracomunitară”.

Livrarea intracomunitară este definită² ca „o livrare de bunuri³, care sunt expediate sau transportate dintr-un stat membru în alt stat membru de către furnizor sau de persoană către care se efectuează livrarea ori de altă persoană în contul acestora”. De altfel, la alin. (10)-(13) din cuprinsul art. 128 Cod fiscal sunt definite, de asemenea, o serie de situații asimilate livrărilor intracomunitare, accentul fiind pus și pe definirea nontransferurilor, care nu intră în categoria livrărilor intracomunitare. Din punct de vedere atât teoretic, cât și practic, un agent economic din România, care livrează bunuri către un agent economic dintr-un alt stat membru U.E., nu va mai efectua o operațiune de export, ci o livrare intracomunitară. Această operațiune realizată de agentul economic din România intră în categoria operațiunilor scutite de TVA cu drept de deducere⁴, dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

⇒ beneficiarul îi comunică furnizorului din România un cod valabil de înregistrare în scopuri de TVA, atribuit de autoritățile fiscale din statul membru de care aparține

⇒ există un document care să facă dovada efectivă a transporturilor bunurilor.

Agenții economici din România vor beneficia de regimul de scutire de TVA cu drept de deducere, pentru livrările intracomunitare, chiar fără respectarea condițiilor menționate anterior, numai în situațiile enumerate în mod limitativ în cuprinsul art. 143 alin. (2) lit. a) pct. 1 și 2 lit. b), c) și d) Cod fiscal (care, în principal, se referă la livrările intracomunitare de mijloace de transport noi sau la cele efectuate de o întreprindere mică, indiferent de natura acestora). Deși regula generală stabilește ca principiu că exigibilitatea TVA intervine la data la care are loc faptul generator, iar faptul generator intervine la data livrării bunurilor, conform prevederilor coroborate ale art. 134¹ alin. (1) și art. 134² alin. (1) Cod fiscal, în cazul livrărilor intracomunitare de bunuri avem o excepție de la regula generală, conform prevederilor art. 134³ alin. (1) Cod fiscal, în sensul că exigibilitatea taxei intervine în cea de-a 15-a zi a lunii următoare celei în care a intervenit faptul generator, cu mențiunea că exigibilitatea taxei intervine la emiterea facturii dacă factura este emisă înainte de a 15-a zi a lunii următoare celei în care a intervenit faptul generator.

¹ Conform prevederilor art. 1251 alin. (1) pct. 11 Cod fiscal cu trimitere la Directiva Consiliului Uniunii Europene 2006/112/CE din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun de TVA și intrată în vigoare la 1 ianuarie 2007, în locul Directivei a VI-a.

² Conform prevederilor art. 128 alin. (9) Cod fiscal.

³ La rândul ei livrarea de bunuri este definită la art. 128 alin. (1) Cod fiscal ca fiind „transferul dreptului de a dispune de bunuri ca și un proprietar”.

⁴ Conform prevederilor art. 143 alin. (2) lit. a) și alin. (3) Cod fiscal.

Este foarte important de reținut faptul că, în conformitate cu prevederile art. 156⁴ alin. (1) Cod fiscal, fiecare persoană impozabilă¹ trebuie să întocmească și să depună la organele fiscale competente, până la data de 25 inclusiv a lunii următoare unui trimestru calendaristic, o declarație recapitulativă privind livrările intracomunitare, conform modelului stabilit de Ministerul Finanțelor Publice, care va cuprinde următoarele informații:

⇒ suma totală a livrărilor intracomunitare de bunuri scutite de la plata taxei, în condițiile art. 143 alin. (2) lit. a) și d), pe fiecare cumpărător pentru care exigibilitatea taxei a luat naștere în trimestrul calendaristic respectiv;

⇒ suma totală a livrărilor de bunuri efectuate în cadrul unei operațiuni triunghiulare, prevăzute la art. 132¹ alin. (5) lit. b), efectuate în statul membru de sosire a bunurilor expediate sau transportate, pe fiecare beneficiar al livrării ulterioare care are desemnat un cod T și pentru care exigibilitatea taxei a luat naștere în trimestrul calendaristic respectiv.

Conform prevederilor art. 156⁴ alin. (3) Cod fiscal, obligativitatea depunerii declarației recapitulative la care am făcut referire anterior revine numai pentru perioadele în care ia naștere exigibilitatea taxei pentru astfel de operațiuni.

Achiziția intracomunitară este definită la art. 130¹ alin. (I) Cod fiscal ca fiind „obținerea dreptului de a dispune, ca și un proprietar, de bunuri mobile corporale expediate sau transportate la destinația indicată de cumpărător, de către furnizor, de către cumpărător sau de către altă persoană, în contul furnizorului sau al cumpărătorului, către un stat membru, altul decât cel de plecare a transportului sau de expediere a bunurilor”. De altfel, la alin. (2)-(4) din cuprinsul art. 130¹ Cod fiscal sunt definite, în mod exhaustiv, o serie de situații asimilate achizițiilor intracomunitare. Din punct de vedere atât teoretic, cât și practic, un agent economic din România care achiziționează bunuri mobile corporale de la un agent economic dintr-un alt stat membru UE nu va mai efectua o operațiune de import, ei o achiziție intracomunitară.

În conformitate cu prevederile Codului fiscal, operaționale începând cu data de 1 ianuarie 2007, o firmă din România, care efectuează o achiziție de la o altă firmă situată într-un stat membru UE (bunurile fiind efectiv transportate în România), nu mai trebuie să plătească fizic TVA-ul aferent în cauză, ci doar să-l înregistreze prin mecanismul taxării inverse (atât ca TVA deductibil, cât și ca TVA colectat), așa cum rezultă din prevederile coroborate ale art. 146 alin. (1) lit. e) și art. 157 alin. (2) Cod fiscal, inclusiv a Normelor metodologice date în aplicarea celor două articole de lege. De altfel, în cuprinsul art. 146 alin. (1) lit. e) Cod fiscal privind condițiile de exercitare a dreptului de deducere pentru taxa aferentă unei achiziții intracomunitare de bunuri, se menționează obligativitatea cumpărătorului de a deține un document justificativ de achiziție și de a înregistra taxa ca taxă colectată în decontul aferent perioadei fiscale în care ia naștere exigibilitatea.

În cuprinsul art 153 alin. (1)-(10) Cod fiscal sunt reglementate obligațiile generale privind înregistrarea persoanelor impozabile în scopuri de TVA, ideea centrală fiind aceea că un agent economic trebuie să solicite înregistrarea în scopuri de TVA la organul fiscal competent în termen de 10 zile de la sfârșitul lunii în care a atins sau depășit plafonul echivalentului în lei a 35.000 euro². Pe lângă persoanele menționate anterior, obligația de înregistrare în scopuri de TVA revine, conform prevederilor art. 153¹ alin. (1) Cod fiscal, și

¹ Înregistrată în baza art. 153 Cod fiscal.

¹ limita în cauză fiind reglementată la art. 152 alin. (1) Cod fiscal

persoanei impozabile care nu este înregistrată și nu are obligația să se înregistreze conform art. 153, precum și persoanei juridice neimpozabile, care intenționează să efectueze o achiziție intracomunitară în România peste plafonul de 10.000 euro¹. Precizăm că, obligația în cauză revine înainte de efectuarea respectivei achiziții intracomunitare. Condițiile în care persoanele înregistrate în scopuri de TVA, în baza art. 153¹ alin. (1) și (2) Cod fiscal, pot solicita organului fiscal competent anularea acestei înregistrări sunt reglementate la art. 153¹ alin. (5) și (6) Cod fiscal (și, în principiu, se referă la faptul că nu a fost atins, într-un anumit interval de timp, plafonul anual de 10.000 euro specific achizițiilor intracomunitare).

Obligațiile de raportare aferente tranzacțiilor intracomunitare

Raportat la cele menționate în paragraful anterior, privind obligația de înregistrare în scopuri de TVA, apar noi obligații de raportare, după cum urmează:

⇒ în cazul persoanelor înregistrate în scopuri de TVA în baza art. 153 Cod fiscal, acestea vor depune decontul de TVA (formular cod 300), declarația recapitulativă (formular cod 390) și declarația Ini rasial:

⇒ în cazul persoanelor înregistrate în scopuri de TVA în baza art. 153¹ Cod fiscal, acestea vor depune decontul special de TVA (formular cod 301), declarația recapitulativă (formular cod 390) și declarația Intrastat.

Decontul de TVA

Obligativitatea întocmirii și depunerii la organele fiscale competente a acestui decont revine tuturor persoanelor impozabile înregistrate în scopuri de TVA, așa cum acestea sunt definite în cuprinsul art. 153 alin.(1)-(10) Cod fiscal Modelul și conținutul acestui tip de decont (denumit și formularul 300) a fost modificat și aprobat prin Ordinul Președintelui ANAF nr. 273/2007², urmând a fi utilizat începând cu declararea obligațiilor fiscale aferente lunii mai 2007.

Ca și regulă generală, termenul limită pentru depunerea decontului de TVA la organele fiscale competente este data de 25 inclusiv a lunii următoare pentru luna în curs. Prin derogare de la regula generală, persoanele impozabile înregistrate în scopuri de TVA, în baza art. 153 Cod fiscal, vor proceda la depunerea trimestrială a decontului de TVA, în condițiile respectării următoarelor cerințe:

⇒ conform prevederilor art. 156¹ alin. (2) Cod fiscal, cifra de afaceri din operațiuni taxabile și/sau scutite cu drept de deducere nu a depășit echivalentul în lei al plafonului de 100.000 euro, în decursul anului calendaristic precedent;

⇒ conform prevederilor art. 156¹ alin. (6) Cod fiscal, persoanele impozabile înregistrate în scopuri de TVA, care îndeplinesc cerința menționată în paragraful precedent, trebuie să depună la organele fiscale competente, până la data de 25 ianuarie inclusiv a anului următor, o notificare referitoare la cifra de afaceri a anului precedent.

Din economia textului de lege³, rezultă că persoanele impozabile înregistrate în scopuri de TVA și care îndeplinesc condiția menționată la art. 156¹ alin. (2) Cod fiscal nu au posibilitatea de a opta pentru depunerea lunară sau trimestrială a decontului de TVA,

¹ Stabilit conform art. 126 alin. (4) lit. b) și alin. (5) Cod fiscal

² M. Of. nr. 392 din 11 iunie 2007.

³ Având în vedere și formulările din cuprinsul art. 156 alin. (5) Cod fiscal

acestora revenindu-le obligația depunerii trimestriale a acestuia, dar și a notificării reglementate prin art. 156 alin. (6) Cod fiscal.

În cuprinsul art. 156² alin. (2) Cod fiscal sunt menționate datele și informațiile pe care trebuie să la cuprindă decontul de TVA, iar la alineatul următor se precizează modalitățile de corectare a datelor înscrise incorect într-un astfel de decont, în sensul că acestea se pot corecta prin decontul unei perioade fiscale ulterioare și se vor înscrie la rândurile de regularizări.

La art. 156¹ alin. (7) Cod fiscal se menționează că, prin Normele metodologice de aplicare a Codului fiscal, se stabilesc situațiile în care perioada fiscală de depunere a decontului de TVA să fie alta decât luna sau trimestrul, aceasta însă neputând depăși anul calendaristic¹. În acest sens, perioada fiscală poate fi:

⇒ semestrul, dacă persoana impozabilă efectuează operațiuni impozabile numai pe maximum trei luni calendaristice dintr-un semestru;

⇒ anul calendaristic, dacă persoana impozabilă efectuează operațiuni impozabile numai pe maximum șase luni calendaristice dintr-o perioadă de un an calendaristic.

Un aspect extrem de important îl găsim reglementat la art. 157 alin. (2) Cod fiscal și se referă la situațiile în care persoanele impozabile înregistrate în scop de TVA, în baza art. 153 Cod fiscal, efectuează achiziții intracomunitare: acestea vor înregistra în decontul de TVA, atât ca taxă colectată, cât și ca taxă deductibilă, taxa aferentă achizițiilor intracomunitare, pentru care respectiva persoană este obligată la plata taxei.

Decontul special de TVA

Modelul și conținutul acestui tip de decont (denumit și formularul 301) a fost modificat și aprobat prin Ordinul Președintelui ANAF nr. 254/2008², urmând a fi utilizat începând cu declararea obligațiilor fiscale aferente lunii ianuarie 2008.

Obligativitatea depunerii acestui formular revine persoanelor neînregistrate în scopuri de TVA conform art. 153, dar înregistrate conform art. 153¹ Cod fiscal, în conformitate cu prevederile art. 156 alin. (1) Cod fiscal, pentru următoarele operațiuni:

⇒ achiziții intracomunitare, altele decât mijloacele de transport noi sau produsele accizabile, situate peste pragul valoric al echivalentului în lei pentru 10.000 euro, stabilit conform prevederilor art. 126 alin. (4) lit. b) și alin. (5) Cod fiscal

⇒ serviciile de transport intracomunitar de bunuri, serviciile constând în activități accesorii acestui transport, serviciile de intermediere prestate în legătură cu un transport intracomunitar de bunuri (precum și cele accesorii intermedierei respective), expertizele privind bunurile mobile corporale, inclusiv lucrările efectuate asupra acestora și serviciile de intermediere aferente acestor operațiuni, dacă aceste servicii sunt prestate de o persoană impozabilă care nu este stabilită în România, chiar dacă este înregistrată în scopuri de TVA în România, în conformitate cu prevederile art. 153 alin. (4) Cod fiscal

⇒ livrările de gaze naturale sau energie electrică, dacă aceste livrări sunt realizate de o persoană impozabilă care nu este stabilită în România, chiar dacă este înregistrată în scopuri de TVA în România, în conformitate cu prevederile art. 153 alin. (4) Cod fiscal

² A se vedea în acest sens Ordinul Ministerului Finanțelor Publice nr. 257/2007 (M. Of. nr. 137 din 26 februarie 2007) referitor la procedura pentru aprobarea perioadei fiscale semestriale/anuale pentru persoanele impozabile înregistrate în scopuri de TVA

¹ M. Of. nr. 146 din 26 februarie 2008

⇒ livrări ulterioare efectuate în cadrul unei operațiuni triumphiulare, așa cum este definită la art. 150 alin. (1) lit. e) pct. 1-3 Cod fiscal

Persoanele neînregistrate în scopuri de TVA conform art. 153, indiferent dacă sunt înregistrate sau nu conform art. 153¹, au obligația să depună decontul special de TVA pentru următoarele operațiuni:

⇒ în conformitate cu prevederile art. 156³ alin. (2) Cod fiscal, pentru serviciile prevăzute la art. 133 alin. (2) lit. g) Cod fiscal, dacă aceste servicii sunt prestate de o persoană impozabilă care nu este stabilită în România, chiar dacă este înregistrată în scopuri de TVA în România, în conformitate cu prevederile art. 153 alin. (4) Cod fiscal

⇒ în conformitate cu prevederile art. 156³ alin. (3) Cod fiscal, pentru achizițiile intracomunitare de mijloace de transport noi

⇒ în conformitate cu prevederile art. 156³ alin. (4) lit. a) Cod fiscal, pentru achizițiile intracomunitare de produse accizabile

⇒ în conformitate cu prevederile art. 156³ alin. (4) lit. b) Cod fiscal, pentru operațiunile reglementate de art. 150 alin. (1) lit. f) Cod fiscal

⇒ în conformitate cu prevederile art. 156³ alin. (4) lit. c) Cod fiscal, pentru operațiunile reglementate de art. 150 alin. (1) lit. g) Cod fiscal

Ca și regulă generală, stipulată prin prevederile art. 156³ alin. (5) Cod fiscal, decontul special de TVA se depune numai pentru perioadele în care ia naștere exigibilitatea taxei, până la data de 25 inclusiv a lunii următoare celei în care ia naștere exigibilitatea operațiunilor.

Atât persoanele impozabile înregistrate în scopuri de TVA, conform art. 153 Cod fiscal (care realizează o cifră de afaceri anuală sub echivalentul în lei al pragului valoric de **100.000** euro), cât și persoanele impozabile neînregistrate în scopuri de TVA, conform art. 153 Cod fiscal (care realizează o cifră de afaceri anuală, fără a lua în considerare veniturile obținute din vânzarea de bilete de transport internațional rutier de persoane, situată între **10.000** euro și **35.000** euro) au obligația de a depune la organele fiscale competente o notificare până la data de 25 februarie inclusiv a anului următor pentru anul încheiat. Informațiile pe care trebuie să le furnizeze această notificare sunt însă reglementate distinct în cele două situații, în conformitate cu prevederile art. 156 alin. (6) Cod fiscal, respectiv cu cele ale 156³ alin. (7) Cod fiscal. Astfel obligațiile persoanelor impozabile înregistrate în scopuri de TVA, conform art. 153 Cod fiscal, și care prestează servicii de transport internațional vor depune notificarea la organele fiscale competente în același termen cu privire la suma totală a veniturilor obținute din vânzarea de bilete pentru transportul rutier internațional de persoane cu locul de plecare din România.

Declarația recapitulativă

⇒ în conformitate cu prevederile art. 4 lit. c) din Legea nr. 422/2006, Ministerul Finanțelor Publice are obligația de a transmite lunar către Institutul Național de Statistică informații din formularul „Decont de taxă pe valoarea adăugată”

⇒ în conformitate cu prevederile art. 4 lit. e) din Legea nr. 422/2006. Ministerul Finanțelor Publice are obligația de a transmite trimestrial către Institutul Național de Statistică informații din formularul „Declarație recapitulativă”

⇒ în conformitate cu prevederile art. 10 alin. (2) din Legea nr. 422/2006, nerespectarea de către furnizori a obligației de a transmite informații statistice în sistemul Intrastat se sancționează cu amendă contravențională de la 7.500 lei la 15.000 lei, cu

aplicarea corespunzătoare a prevederilor Legii nr. 180/2002, privind regimul juridic al contravențiilor.

FORMELE DE MANIFESTARE ALE FRAUDEI DE TIP „CARUSEL”

Având în vedere cele prezentate anterior, privind definirea noțiunilor de „livrare intracomunitară”, „achiziție intracomunitară”, obligațiile de înregistrare și de raportare a persoanelor care efectuează tranzacții intracomunitare, toate acestea reprezentând fundamentul teoretic în instrumentarea fraudei de tip „carusel”, în cele ce urmează vom prezenta câteva direcții de manifestare a acestui tip de fraudă.

O primă metodă întâlnită frecvent pe teritoriul țării noastre și denumită din acest motiv și „**metoda clasică**”, se referă la **achizițiile intracomunitare efectuate de un operator economic din România**. Firma **A** din România, înregistrată în scopuri de TVA în baza art. 153 Cod fiscal, dorește să facă o achiziție intracomunitară de la firma **B** situată într-un stat membru. În baza celor prezentate anterior, rezultă că firma **A** ar putea foarte bine să efectueze respective achiziție intracomunitară¹, în condițiile în care ar fi un agent economic onest, de bună-credință și ar consimți să-și înregistreze obligațiile fiscale privind TVA-ul. În realitate, pentru eludarea acestor obligații fiscale, factorii de decizie ai firmei **A** vor înființa o altă firmă de tip „*săgeată*”, firma **C**, al cărei asociat unic și administrator să fie un „*om de paie*”, firma **C** fiind astfel controlată în fapt tot de reprezentanții firmei **A**. La înființarea firmei **C** aceasta se declară plătitoare de TVA prin opțiune, dar declară o cifră de afaceri anuală sub pragul valoric de 100.000 euro. pentru a beneficia de posibilitatea depunerii trimestriale a decontului de TVA (formular cod 300), în acord cu prevederile legale în vigoare. Ulterior, firma **C** efectuează achizițiile intracomunitare de la firma **B**, aplicând pentru aceste operațiuni regimul de taxare inversă. Mărfurile astfel achiziționate sunt facturate ulterior către beneficiarul în fapt al acestora, respectiv firma **A**. Pentru aceste operațiuni de livrare internă, firma **C** colectează (ipotetic) TVA-ul aferent, iar firma **A** îl va deduce, folosind drept document justificativ facturile întocmite de firma **C**. Operațiunile descrise au o „*durată de viață*” precis determinată, respectiv de **maxim 3 luni**, până la termenul limită prevăzut pentru obligația firmei **C** de a depune decontul de TVA.

Cu puțin timp înainte de împlinirea acestui termen, firma **C** „**dispare**”, fără a mai putea fi identificată ulterior și fără a înregistra, a declara și a plăti TVA-ul colectat ca urmare a livrărilor interne efectuate către firma **A**. Practic, firma **C** are ca „**unic obiect de activitate**” furnizarea de documente justificative către firma **A**, în scopul deducerii TVA-ului de către aceasta din urmă. În mod cert, firma care comite fraudă este firma **C** dar se naște întrebarea dacă firma **A** poate deduce TVA-ul aferent facturilor de aprovizionare de la furnizorul său direct, firma **C**?

În acest sens, practica judiciară europeană în materie reglementează faptul că, dacă o persoană imposibilă participă la fraudă de tip „carusel” în mod involuntar (fără a avea cunoștință de acest fapt), aceasta are dreptul de a deduce (și, implicit, de a compensa sau de a rambursa) TVA-ul aferent operațiunilor din amonte. Din această perspectivă, fiecare firmă din lanțul de tranzacții aferent operațiunilor intracomunitare va fi analizată în mod individual, distinct, mai ales că, în practică, între firma **C** (achizitorul intracomunitar scriptic) și firma **A** (achizitorul intracomunitar faptic și „**creierul**” întregului mecanism) se pot interpune (evident, doar la nivelul scriptic al circuitelor documentelor) o serie de alte

¹Având atribuit codul de înregistrare în scopuri de TVA. conform art. 154 alin. (1) Cod fiscal

societăți comerciale, cu scopul de a disocia caracterul ilicit al faptelor și de a disipa legătura de cauzalitate între firma **C** și firma **A**.

Având în vedere cele expuse anterior, rezultă că *participarea la mecanismul fraudulos al caruselui nu se prezumă, ci trebuie probată, pornind de la analiza corelativă a fluxurilor bănești, a circuitului scriptic al documentelor și a traseului efectiv al produselor*. Indiciile concludente în acest sens le-ar putea constitui următoarele:

⇒ corespondența privind termenii de livrare și plată se derulează, de la bun început, între reprezentanții firmelor **A** și **B**;

⇒ mărfurile sunt transportate efectiv direct de la firma **B** către firma **A** (unde, de altfel, se și recepționează la data efectuării transportului), iar plata contravalorii acestora se efectuează direct către firma **B** de firma **A**, „la ordinul” firmei **C**;

⇒ datele privind mijloacele de transport sau delegații, înscrise pe facturile/avizele de însoțire a mărfii întocmite de firma **C** către firma **A**, nu reflectă o stare de fapt reală;

⇒ persoanele împuternicite să efectueze operațiuni în conturile bancare ale firmei **C** sunt tocmai reprezentanții firmei **A**, care retrag sumele de bani în numerar, sub diverse explicații: retragere aport, plăți persoane fizice conform borderourilor de achiziție (evident, care conțin date nereale), plata dividendelor etc.;

⇒ sumele încasate în conturile bancare ale firmei **C**, de la clientul său firma **A**, se „întorc” către firma **A**, direct sau prin intermediul altor firme, în baza unor facturi de prestări servicii care nu reflectă operațiuni economice reale (de regulă, de prestări servicii).

Cea de a doua metodă privind fraudă de tip „carusel” reprezintă, în fapt, o formă „perfecționată” a celei descrise anterior, în sensul că produsele ajung în final de la firma **A** la firma **B** - expeditorul lor inițial. Această metodă poate fi identificată ca mecanismul de autogenerare a fraudei de tip „carusel”, cu efecte vizibile în ieftinirea produselor ce fac obiectul acestor tranzacții.

Acest mecanism se structurează pe faptul că prețul de livrare al firmei **A** către firma **B** (și avem în vedere prețul de livrare fără TVA, deoarece, în momentul în care firma **A** vinde către firma **B**, efectuează o livrare intracomunitară, ce intră în categoria operațiunilor scutite de TVA cu drept de deducere) este inferior prețului de vânzare practicat inițial de firma **B** către firma **C**. Firma **A** poate „susține” acest preț de livrare din „câștigul din TVA” care îi revine în urma tranzacțiilor derulate, în amonte, cu firma **C**. Pe lângă implicațiile fiscale nefaste la nivelul veniturilor bugetului general consolidat, această metodă induce distorsiuni (prin intermediul prețurilor) și la nivelul competiției economice, astfel încât firmele corecte devin necompetitive pe piață (datorită prețurilor reale de piață practicate) în favoarea firmelor cu un comportament evazionist (datorită prețului „trucat” practicat pe piață).

O a treia metodă a acestui tip de fraudă se referă la livrările simulate, efectuate de un agent economic din România, înregistrat în scopuri de TVA, către un agent economic din alt stat membru, înregistrat în scop de TVA în baza legislației specifice a statului membru din care acesta face parte. În acest sens, firma din România efectuează o livrare intracomunitară, facturează fără TVA în baza codului de TVA aparținând unui agent economic extern din spațiul comunitar, dar, în fapt, vinde produsele respective pe piața internă „la negru”. Această metodă se poate realiza atât prin complicitatea partenerului extern (care comunică codul său de TVA) sau fără știința acestuia (spre exemplu, prin procurarea codului de TVA din diverse mijloace de informare). Bineînțeles că așa-zisa „livrare intracomunitară” în cauză va trebui evidențiată de agentul economic din România

în decontul de TVA. declarația recapitulativă și declarația Intrastat (în aceasta din urmă, după caz, în funcție de pragul valoric, așa cum am arătat anterior), iar datele raportate autorităților publice din România vor fi confruntate ulterior cu cele raportate, de partenerul extern, autorităților publice din țara sa. În acest interval de timp, agentul economic în cauză va cere rambursarea TVA-ului și, ulterior, se va „volatiliza” (prin schimbarea sediului social și cesionarea părților sociale către persoane greu de identificat și care, de regulă, nici nu se mai află în țară la data efectuării verificărilor fiscale). Nu excludem faptul că în practică poate apărea și situația inversă, de facturare de către un agent economic extern, din spațiul comunitar, către o firmă din România fie cu complicitatea acesteia fie fără știința acesteia.

În fine, o a patra metodă, aflată la limita extrem de sensibilă dintre legal și ilegal (din punct de vedere al forței probațiunii) se referă la situația în care un agent economic din România, înregistrat în scopuri de TVA, efectuează o achiziție intracomunitară și declară toate operațiunile în acest sens din punct de vedere absolut legal. Ulterior, înregistrează un adaos comercial infim și simulează vânzarea *en-detail*, prin intermediul aparatelor de marcat electronice fiscale. În fapt, produsele respective sunt comercializate pe „piața paralelă” la prețuri mult mai mari decât cele înregistrate în evidențele contabile (dar situate sub nivelul prețului de piață pentru produsele respective). Prejudiciul, în acest caz, se localizează atât la nivelul impozitului pe profit, cât și la nivelul TVA-ului (evident, corespunzător diferenței de preț nedeclarate). Exemplul „clasic” în acest sens îl reprezintă achiziția intracomunitară de făină, simulându-se comercializarea acesteia *en-detail* (prin intermediul aparatelor de marcat electronice fiscale, către persoane fizice, a căror identificare ulterioară nu este cerută de niciun text de lege și, de altfel, nici nu pot fi identificate, din punct de vedere practic), dar în realitate fiind vândută către diverse unități de panificație și patiserie (care, la rândul lor, vor comercializa produsul finit tot în afara sferei de fiscalizare).

INSTITUȚII IMPLICATE ÎN LUPTA ANTIFRAUDĂ

Instituția Uniunii Europene care are ca principal atribut lupta împotriva fraudei care afectează interesele comunității este Oficiul European de Luptă Antifraudă iar la nivel național Departamentul de Luptă Antifraudă, care, conform legislației în vigoare are următoarele atribuții:

1. asigură coordonarea luptei antifraudă și protejarea efectivă și echivalentă a intereselor financiare ale Uniunii Europene în România

2. efectuează controlul obținerii, derulării sau utilizării fondurilor provenite din programele de asistență ale Uniunii Europene, având calitatea de organ de constatare, în sensul art.214 din Codul de procedură penală, în privința posibilelor nereguli și/sau fraude ce afectează interesele financiare ale Uniunii Europene în România, astfel cum sunt definite în Ordonanța Guvernului nr.79/2003 privind controlul și recuperarea fondurilor comunitare, precum și a fondurilor de cofinanțare aferente utilizate necorespunzător, aprobată cu modificări prin Legea nr.529/2003, cu modificările și completările ulterioare

3. asigură și facilitează cooperarea dintre instituțiile naționale implicate în protecția intereselor financiare ale Uniunii Europene în România, precum și între acestea și Oficiul European de Luptă Antifraudă și statele membre ale Uniunii Europene

4. inițiază și avizează proiecte de acte normative privind protecția intereselor financiare ale Uniunii Europene în România în vederea armonizării legislative în domeniu

5. culege, analizează și prelucrează datele în scopul realizării analizelor relevante în domeniul protecției intereselor financiare ale Uniunii Europene în România

6. elaborează și coordonează programe de perfecționare, stagii de pregătire și instruire în domeniul luptei antifraudă

7. îndeplinește orice alte atribuții stabilite prin acte normative sau prin decizii ale primului-ministru.

De asemenea, Departamentul primește sesizările Oficiului European de Luptă Antifraudă sau din alte surse ori se sesizează din oficiu cu privire la posibile nereguli ce afectează interesele financiare ale Uniunii Europene, efectuează controalele corespunzătoare și pune la dispoziția Oficiului European de Luptă Antifraudă actul de control cuprinzând aspectele constatate, precum și toate datele și informațiile cerute. În cazul constatării unor elemente de natură infracțională în gestionarea fondurilor comunitare, după efectuarea tuturor operațiunilor necesare, actul de control este transmis parchetului competent din punct de vedere material să efectueze urmărirea penală, în vederea luării de îndată a măsurilor legale pentru indisponibilizarea fondurilor, recuperarea prejudiciului și restituirea acestuia, precum și pentru tragerea la răspundere penală a persoanelor vinovate.

În loc de concluzii, apreciem că, în contextul european al lipsei de reglementare unitară la nivelul statelor membre privind fraudă care afectează interesele financiare ale Comunităților Europene, dar și a lipsei de operativitate a OLAF, EUROPOL, EUROJUST și a Curții de Conturi Europene, sumele de bani obținute din fraudarea bugetului european prin metoda Carusel, pot deveni surse de finanțare a terorismului.

Opinăm că prevederile Tratatului de la Lisabona din decembrie 2007, deși sunt norme de recomandare, pe fondul măsurilor europene de minimalizare a efectelor crizei economice mondiale, pot deveni instrumente adecvate de prevenire și combatere a fraudei comunitare. Ne referim aici la posibilitatea înființării Parchetului European plecând de la extinderea competențelor investigative ale Europol și Eurojust.

În legătură cu dimensiunile alarmante ale acestui fenomen au fost trase numeroase semnale de alarmă și, totuși, efectele măsurilor privind limitarea acestuia nu sunt foarte vizibile. În martie 2008 au fost adoptate, la nivelul Comisiei Europene, o serie de propuneri în vederea, dacă nu a eliminării, cel puțin a circumscrierii fenomenului în sfera ilegală.

BIBLIOGRAFIE

1. Directiva Consiliului Uniunii Europene 2006/112/CE din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun de TVA

2. George Antoniu, *Protecția penală a intereselor financiare ale Comunităților Europene*, în RDP nr.2

3. O.U.G. 49/01.06.2005 privind stabilirea unor măsuri de reorganizare în cadrul administrației publice centrale

4. Codul fiscal

5. Codul de procedura fiscală

PREVENIREA ȘI COMBATEREA FRAUDELOR ÎN DOMENIUL JOCURILOR DE NOROC

Lect. univ. dr. MARIUS PANTEA
Prep. univ. MIHUȚ ARDELEAN
Academia de Poliție „A.I.Cuza”

Abstract: Before the outbreak of the global crisis, in the gambling industry there was a real "world battle for global seizure of the casinos". In this troubled period, things are completely changed, having regard to the restrictive measures taken by governments of the countries in which there is economic and financial crisis. Of course, the gambling industry, recognized as a resistant industry to crises, was fully affected, some markets with huge losses, others being closed.

Industria jocurilor de noroc este comparabilă, din punctul de vedere al profiturilor, cu industria diamantelor sau cu sectorul producției de armament. Încasările mereu în creștere au declanșat o ofensivă fără precedent din partea crimei organizate pentru preluarea unei părți cat mai mari din piață.

Înainte de izbucnirea crizei globale, în industria jocurilor de noroc se dădea o adevărată „bătălie mondială pentru acapararea lumii cazinourilor”, în această perioadă tulbure, lucrurile sunt complet schimbate, având în vedere măsurile restrictive luate de guvernele țărilor în care se resimte criza economică și financiară mondială. Bineînțeles că și industria jocurilor de noroc, recunoscută drept o industrie rezistentă la crize, a fost din plin afectată de criza prezentă, unele piețe având pierderi imense, altele închizându-se.

Se spunea că „oamenii or să joace mereu jocuri de noroc, or să mănânce și or să joace mereu ...”, de data asta, mai ales în Statele Unite ale Americii, marile cazinouri au fost foarte afectate, întreaga piață are de suferit, în Asia la fel, mai ales în Macao, unde multe proiecte au fost oprite sau anulate, pierderile fiind de 50%-60%¹.

Conform statisticilor, la nivelul anului premergător crizei globale, respectiv 2007, peste un sfert din populația S.U.A. s-a dus cel puțin o dată la un cazinou. În total 56,2 milioane de pasionați ai jocurilor de noroc au efectuat 372 milioane de vizite în cazinourile americane. În SUA, cifra brută de afaceri a jocurilor de noroc în anul 2006 s-a ridicat la 32,42 miliarde de dolari, în condițiile în care doar 30 de state americane au legalizat jocurile de noroc pe teritoriul lor. De asemenea premergător crizei, guvernul britanic intenționa să realizeze un proiect de instalare la Manchester a unui „super-cazinou” de tip *Las Vegas*. Nici în România lucrurile nu au mers rău, dacă luăm în considerare faptul că numai la nivelul capitalei existau, anul trecut, 700 de săli cu jocuri electronice de noroc, din care 11 cazinouri, asta în condițiile în care, de exemplu, în toata Ungaria sunt doar trei cazinouri, iar Grecia sunt nouă.

Anul 2009 s-a dovedit a fi unul determinant în industria jocurilor de noroc, mai ales că efectele crizei se simt și la cei mai importanți actori din piața de profil. Criza economică a ajuns până și în orașul *Las Vegas*, care a mai traversat perioade grele din economia S.U.A.

¹ I.SORA, Industria jocurilor de noroc, pentru prima oară afectată de criză, ziarul Financiarul, 18 iunie 2009

fără probleme, însă, de această dată prețurile ridicate la carburanți și prăbușirea pieței imobiliare au dat o lovitură neașteptat de grea paradisului jocurilor de noroc. Hotelurile au ajuns în situația în care oferă camere gratis sau cu reduceri generoase, într-o încercare de a atrage suficienți oameni în cazinouri. De asemenea, un spectacol de varietăți ce se juca de aproape 50 de ani a fost închis, cortina sa lăsat pentru ultima dată, pe 28 martie a.c., peste „*Les Folies Bergere*” o extravaganță muzicală nemuritoare, ce reprezenta esența industriei de spectacole sexy și clasice din *Las Vegas*. Închiderea spectacolului este un exemplu al crizei economice ajunse și în *Orașul Păcatelor*.

Macao, „*Las Vegas-ul*” estului, a reușit să detroneze chiar „*perla coroanei*” americane în industria de profil¹, iar în ultimul trimestru al anului 2008, mica regiune administrativă chineză Macao - noul paradis al jocurilor de noroc, în varianta asiatică - a început să resimtă din plin efectele crizei financiare mondiale², Galaxy și SJM, două dintre cele mai celebre cazinouri, înregistrând pierderi semnificative. În plus, Macao are de rezolvat acum o nouă problemă - limitarea numărului de vize acordate magnaților străini, în condițiile în care Macao este singurul oraș din China unde sunt permise jocurile de noroc. Decizia autorităților de la Beijing a cauzat un declin brusc al industriei jocurilor de noroc din regiune³. În urma unei vizite oficiale, efectuată recent în Macao, vicepreședintele chinez Xi Jinping a impus autorităților regionale să diversifice sursele de venit locale. Decizia are menirea de a încetini scăderile financiare înregistrate în ultima perioadă ca urmare a declinului generat de criza globală.

La începutul anilor 2000, în Rusia se înregistra o creștere accelerată, dar și necontrolată în industria jocurilor de noroc. De la 1 iulie 2009, Guvernul rus a schimbat legislația, jocurile de noroc din cazinouri devenind ilegale, cu excepția a patru zone situate în regiuni izolate ale Rusiei, la peste 6.000 de kilometri de Moscova – Las Vegas-ul Siberian. Industria jocurilor de noroc aducea mai mult de un miliard de dolari pe an la bugetul de stat, riscul ca patru sute de mii de ruși să rămână fără locuri de muncă, în plină criză economică, nu a oprit guvernul rus, care a închis toate cazinourile din țară, ca urmare a planului anti-vicii al premierului *VLADIMIR PUTIN*, care a emis o lege în acest sens încă din anul 2006.

Și în Ucraina s-au purtat tratative, între marii patroni de cazinouri și autorități, deoarece statul intenționa să urmeze o direcție similară, cu a Rusiei, încercându-se scoaterea jocurilor de noroc în afara marilor orașe și existența lor doar în anumite zone. În luna mai a.c. Rada Supremă a Ucrainei a adoptat o lege care interzice provizoriu activitatea cazinourilor pe teritoriul național. Reprezentanții industriei de profil s-au arătat extrem de nemulțumiți, pentru ca au fost nevoiți să concedieze peste 200.000 de oameni.

Republica Belarus intenționează să construiască un „*Monte Carlo național*”: contrar tendințelor din spațiul CSI, Minskul vrea să deschidă un complex special de cazinouri, chiar în apropiere de aeroportul național. Analistii au văzut imediat în această nouă inițiativă a conducerii beloruse intenția de a ocupa nișa liberă care s-a format după expulzarea businessului jocurilor de noroc din Moscova, fiind mult mai ușor să ajungi la

¹ Macao a obținut la nivelul anului 2006 un profit de 7,2 miliarde de dolari, detrondând Las Vegas, care a obținut doar 6,6 miliarde

² informează cotidianul britanic *The Independent*, citat de www.ziare.com, 14 ianuarie 2009

³ Numai în cursul anului 2006, au sosit în Macao, pentru a-și lăsa banii în cazinouri, nu mai puțin de 12 milioane de chinezi, adică 60% din totalul de 22 de milioane de turiști care au venit pe parcursul întregului an în acest oraș.

Minsk decât în Krasnodar, Kaliningrad, Altai sau Primorie, cele 4 zone unde au fost expulzate cazinourile rusești. Autoritățile beloruse intenționează să creeze condiții extrem de favorabile pentru jucătorii străini: intrarea pe teritoriului complexului de jocuri de lângă Minsk se va face fără vize, iar în zonă va exista un regim fiscal înlesnit. Avantajele părții beloruse sunt evidente, în condițiile actualei crize globale - este vorba de impozite către stat, de investiții, și de dezvoltarea infrastructurii, în primul rând a celei de transport. Bineînțeles că există și păreri contrare inițiativei care susțin că „în spațiul post-sovietic, industria jocurilor de noroc presupune în primul rând criminalitate și prostituție, care și așa sunt destul de răspândite în aceste țări”¹. Potrivit opiniei expertului, la fel ca în alte republici din CSI, autoritățile beloruse urmează „cele mai rele exemple ale țărilor lumii a treia, când, în loc să inițieze reforme și să relanseze economia, se decide dezvoltarea de cazinouri și a altor businessuri suspecte”.

În țara noastră, guvernul a modificat prevederile legale privind organizarea și exploatarea jocurilor de noroc, astfel încât să corespundă realităților economice, tehnice și conceptuale în domeniu, prin emiterea OUG nr.77 din 26 iunie 2009². Actul normativ vizează, în esență, două aspecte: actualizarea taxelor percepute, care erau nemodificate din anul 2000 și reducerea evaziunii fiscale în acest domeniu prin impunerea unor măsuri și garanții suplimentare. Astfel, prin ordonanța de urgență adoptată, au fost actualizate taxele aferente obținerii licenței de organizare a jocurilor de noroc, precum și taxele pentru acordarea autorizației de exploatare a jocurilor de noroc. În actul normativ adoptat se face o delimitare clară, exactă, fără echivoc a categoriilor de jocuri de noroc pentru care Comisia de autorizare a jocurilor de noroc acordă autorizație de exploatare a jocurilor de noroc și respectiv licență de organizare, cu definiții oarecum clare ale fiecărui tip de joc. Conform unor statistici oficiale România deține cele mai multe săli de jocuri și aparate electronice din U.E. Odată cu noile modificări aduse, legislația din domeniu limitează acordarea licențelor pentru activitățile legate de jocuri de noroc.

Un alt aspect de noutate, îl constituie alinierea României la modelul american, prin interzicerea jocurilor de noroc *on-line* organizate prin sisteme de comunicații de tip Internet sau Intranet, pe teritoriul național. Faptul că, dezvoltarea industriei jocurilor de noroc *on-line*, oferă oportunități sporite pentru practici corupte precum fraudele, aranjarea jocurilor, casele de pariuri ilegale și spălarea banilor, având în vedere că jocurile de noroc *on-line* pot fi rapid create și retrase de pe piață, dar și din cauza proliferării operatorilor *offshore* în acest domeniu, prin emiterea „**Rezoluției Parlamentului European din 10 martie 2009 referitoare la integritatea jocurilor de noroc on-line**”³, Comisia Europeană, Europol și alte instituții naționale și internaționale sunt obligate să monitorizeze îndeaproape și să prezinte rapoarte privind constatările din acest domeniu, pentru a se lua o hotărâre unitară la nivelul U.E. referitoare la jocurile de noroc *on-line*.

În ceea ce privește acest aspect părerile sunt pro și contra interzicerii jocurilor de noroc *on-line* în țara noastră. Astfel există o categorie care susține dezvoltarea acestor tipuri de jocuri de noroc, care argumentează că acesta este un tip de afacere globală, care poate deveni o oportunitate pentru investitorii locali, având în vedere potențialul de

¹ Opinia analistului belorus IAROSLAV ROMANCIUK, citat de săptămânalul Iași Invest, din 7 iulie 2009

² Publicată în M.Of. al României, partea I nr. 439 din 26.06.2009

³ Parlamentul European - *Rezoluția Parlamentului European din 10 martie 2009 referitoare la integritatea jocurilor de noroc on-line* (2008/2215(INI))

creștere a pieței, evoluția viziunii despre Internet a investitorilor din această parte a Europei și, nu în ultimul rând, în talentul programatorilor români, care pot crea și administra site-uri specializate în domeniul jocurilor de noroc. În prezent, există peste un miliard de utilizatori de Internet la nivel mondial. Dintre aceștia, aproximativ 38 de milioane trăiesc în Europa Centrală și de Est (România, Polonia, Ungaria, Cehia, Croația, Bulgaria și Macedonia), estimându-se că, în următorii ani, între 10% și 20% dintre aceștia (aproximativ 5 milioane de potențiali jucători) vor vizita *cazinouri on-line* și vor paria pe site-uri specializate.

De asemenea, sunt prezentate exemple care atestă seriozitatea organizatorilor de jocuri de noroc *on-line*. În speță, este prezentat cazul unei olandeze din Utrecht, în vârstă de 33 de ani care a câștigat **4,3 milioane de euro** într-un cazinou *on-line*, acesta fiind cel mai mare premiu oferit vreodată de o astfel de companie și cel de-al treilea câștigat vreodată pe Internet¹.

Experți din industria jocurilor de noroc românească susțin că există pericolul ca prin interzicerea pariurilor pe Internet, să se încurajeze indirect spălarea de bani și activitățile teroriste, prin mutarea firmelor respective în paradisuri fiscale, unde activitatea lor nu mai poate fi controlată.

Pe de altă parte jocurile de noroc *on-line*, acceptate de unele state din U.E., aveau o valoare a veniturilor brute de 2 până la 3 miliarde euro în 2004, și reprezentau aproximativ 5% din totalul pieței jocurilor de noroc europene, iar creșterea rapidă a acestora era inevitabilă, potrivit Studiului privind serviciile de jocuri de noroc de pe piața internă a Uniunii Europene din 14 iunie 2006, realizat de Swiss Institute of Comparative Law (SICL) pentru Comisia Europeană. În acest sens, exista o permisiune, la nivelul U.E., prin care orice companie înregistrată într-un stat membru poate oferi, pe Internet, servicii de jocuri de noroc în toate statele membre.

Germania urmează să adopte un set de reglementări care să interzică firmelor locale și străine furnizarea de servicii de pariuri pe Internet². Noile reglementari, care urmau să fie validate de reprezentanții celor 16 state federale germane pe 13 decembrie 2006, prevedeau aplicarea unor interdicții atât firmelor de pariuri pe Internet germane, cât și celor străine. Pentru a preveni activitățile de acest tip, furnizorii de servicii de Internet trebuiau să opereze o filtrare a site-urilor web la care au acces utilizatorii. O metodă alternativă era instruirea băncilor, astfel încât instituțiile să nu efectueze transferuri de numerar în afara Germaniei, care au ca scop onorarea unor pariuri. Divizia germană a firmei austriece bwin.com este cel mai mare operator de pariuri din Germania.

De cealaltă parte, în Anglia, conform declarației secretarului britanic al Culturii, Tessa Jowell „jocurile de noroc *on-line* trebuie reglementate mai clar, nu interzise. În ceea ce privește jocurile de noroc *on-line*, avem trei variante: să lăsăm piața să decidă, să interzicem sau să reglementăm. Dacă jocurile de noroc *on-line* vor fi interzise, acestea vor trece în sectorul economiei subterane. Intenția noastră de a reglementa acest sector a primit reacții pozitive”³.

¹ Potrivit unui comunicat al Unibet, preluat de www.ziare.com. Compania Unibet a fost fondată în 1997, fiind una dintre cele mai mari companii private din industria jocurilor de noroc din Europa. În 2008, site-ul a avut peste 2,9 milioane de clienți, din peste 100 de țări

² Relata săptămânalul german „Focus”, citat de Reuters, 2006

³ a precizat Jowell pentru postul de radio B.B.C.

În acest moment, nu se poate vorbi despre o piață românească a jocurilor de noroc *on-line*, deoarece nu există nici o firmă cu capital românesc care oferă asemenea servicii, și pentru că un jucător român conectat la Internet, cu ajutorul unui card se poate înregistra la orice agenție de pariuri și la orice cazinou, de oriunde, fără restricții. Agențiile străine, care organizează jocuri de noroc *on-line*, se împart în două categorii:

Cele care au dorit să atragă jucătorii români și le-au oferit interfața și asistența în limba română (Gamebookers)

Și cele care au primit cu reticență pariarii români (în special cele germane și austriece), fără să le interzică accesul, dar punându-le diverse piedici (nrecunoașterea cardurilor românești, blocări temporare de conturi, solicitări repetate de copii după documente, etc.)

Câteva din modificările de esență aduse de actul OUG 77/2009 vor fi supuse atenției în materialul ce urmează. Organizarea și exploatarea activității de jocuri de noroc pe teritoriul României constituie monopol de stat și se desfășoară în condițiile reglementărilor legilor speciale și a Codurilor fiscal și de procedură fiscală. Statul poate acorda dreptul de organizare și exploatare a activității de jocuri de noroc pe teritoriul național, pe baza:

licenței de organizare a jocurilor de noroc pe fiecare tip de activitate și

autorizației de exploatare a jocurilor de noroc,

documente nominale și limitate în timp, ce vor fi exploatate în mod direct de persoana juridică titular al licenței.

Aspectul de noutate introdus de OUG 77/2009, constă în emiterea de către comisie a celor 2 documente susmenționate, denumite autorizații pentru desfășurarea activităților de organizator de jocuri de noroc. Astfel, primul document care trebuie obținut de un agent economic care urmează să-și desfășoare activitatea în domeniul jocurilor de noroc este:

1) Licența de organizare a jocurilor de noroc, care se acordă operatorului economic care îndeplinește condițiile pentru organizarea activităților de acest gen și este valabilă 5 ani de la data acordării, cu condiția plății taxei de autorizare anuală.

Pentru obținerea licenței de organizare a jocurilor de noroc trebuie ca, operatorii economici să facă dovada:

A. existenței ca obiect principal de activitate a organizării de jocuri de noroc;

B. existenței avizului organelor de poliție acordat reprezentanților legali ai persoanei juridice, eliberat în condițiile prevăzute de actele normative în vigoare;

C. constituirii capitalului social subscris și vărsat în cuantumul;

De asemenea, reprezentanții legali ai persoanei juridice trebuie să depună o declarație pe propria răspundere din care să rezulte că: operatorul economic nu a fost condamnat printr-o hotărâre definitivă de condamnare pentru care nu a intervenit reabilitarea și nu se afla într-o stare de incompatibilitate.

Reprezentanții legali ai persoanei juridice trebuie să depună certIFICATELE de cazier judiciar sau alte acte emise de autoritățile competente pe a căror rază de competență se afla ultimul domiciliu sau sediu social cunoscut, din care să rezulte că „*împotriva oricăruia dintre reprezentanții legali ai persoanei juridice nu s-a pronunțat o hotărâre judecătorească definitivă de condamnare pentru care nu a intervenit reabilitarea, în România sau într-un stat străin, pentru o infracțiune prevăzută de Ordonanța de Urgență 77/2009, sau pentru o alta infracțiune săvârșită cu intenție pentru care a fost aplicată o pedeapsă de minimum 2 ani cu închisoarea*”.

O altă condiție care trebuie îndeplinită pentru obținerea Licenței de organizare a jocurilor de noroc, constă în dovada faptului că operatorul economic *a depus cerere pentru obținerea autorizației de exploatare a jocurilor de noroc din categoria celor reglementate*.

Cel de al doilea document care trebuie obținut de persoana juridică pentru a desfășura în deplină legalitate activitatea în domeniu este:

2) **Autorizația de exploatare** a jocurilor de noroc, care are valabilitate un an de la data acordării. Aceasta autorizație de exploatare se emite pentru fiecare categorie de joc de noroc, după cum urmează:

a) loto: pentru întreaga activitate care presupune extrageri de numere, de litere, bilete sau simboluri, indiferent de procedurile și caracteristicile mijloacelor utilizate pentru efectuarea extragerilor (urne, roți, cupe și alte asemenea mijloace) care nu se desfășoară în prezența jucătorilor

b) pariuri: pentru mijlocul de joc de baza prin care se desfășoară organizarea și exploatarea unitară la nivelul organizatorului a fiecărei activități distincte

c) cazinou: fiecărui organizator i se acordă o singură autorizație de exploatare a jocurilor de noroc pentru locația în care se organizează și se desfășoară aceste activități

d) bingo desfășurat în săli de joc: pentru fiecare locație în care se organizează și se desfășoară aceste activități

e) slot-machine: pentru fiecare mijloc de joc

Pentru **obținerea autorizației** de exploatare a jocurilor de noroc, operatorii economici trebuie să facă dovada că:

I. dețin licență de organizare a jocurilor de noroc valabilă la data depunerii cererii pentru obținerea autorizației de exploatare a jocurilor de noroc sau au depus cerere pentru obținerea licenței de organizare a jocurilor de noroc;

II. spațiul propus este înregistrat la oficiul registrului comerțului de către organizatorul în cauză conform prevederilor legale în vigoare pentru desfășurarea activităților comerciale în cadrul imobilelor și îndeplinește cerințele prevăzute în actele normative în vigoare;

III. spațiul propus nu este situat în incinta unui așezământ de învățământ, inclusiv campusurile aferente acestuia, unor așezăminte de cultură, artă, sănătate, cu caracter social, de culte religioase și altele asemenea sau în perimetrul delimitat destinat acestora;

IV. activitatea de tip cazinou urmează a se organiza în imobile care nu au destinația de locuință sau în locații care fac parte din hoteluri având o clasificare, conform normelor naționale în vigoare, de cel puțin 3 stele;

V. mijloacele de joc și locațiile sau spațiile propuse îndeplinesc condițiile prevăzute de lege;

VI. mijloacele de joc tip slot-machine sunt dotate cu un sistem electronic integrat de monitorizare¹, înregistrare și evidențiere a tuturor operațiunilor de exploatare, făcând parte integrantă constructivă din mijlocul de joc respectiv sau adăugat ulterior acestora (tip „black-box”), care permite controlul autorităților asupra modului de organizare și exploatare a jocurilor de noroc respective.

VII. sălile de pariuri vor fi operate prin intermediul unor programe informatice independente, unice la nivelul societății organizatoare, indiferent de numărul de locații în care se desfășoară activitatea respectivă, cu obligativitatea centralizării într-un sistem

¹ Prevăzute la art. 28 din oug 77/2009

electronic central¹ amplasat pe teritoriul României, a informațiilor care să evidențieze fiecare terminal de joc conectat, totalul taxelor de participare colectate și totalul premiilor acordate.

VIII. jocurile de noroc bingo organizate prin intermediul sistemelor rețelelor de televiziune dețin un aviz² emis de Compania Națională „Loteria Română” S.A., Totalul taxelor de participare colectate și totalul premiilor acordate se centralizează într-un sistem electronic central³ amplasat pe teritoriul României.

Legislația română în vigoare permite organizatorului de jocuri de noroc să solicite în același timp atât acordarea licenței de organizarea jocurilor de noroc, cât și acordarea autorizației de exploatare a jocurilor de noroc.

Se impune o scurtă clasificare a jocurilor de noroc care pot fi desfășurate pe teritorii naționale:

1. **jocuri loto**, dacă sunt folosite rezultatele pur aleatorii ale unor evenimente ce constau în extrageri de numere, de litere, bilete sau simboluri, indiferent de procedurile și caracteristicile mijloacelor utilizate pentru efectuarea extragerilor (urne, roți, cupe și alte asemenea mijloace) care nu se desfășoară în prezența jucătorilor. În aceasta categorie se includ: loteriile⁴, inclusiv cele instantanee, și orice joc de noroc care nu se desfășoară în prezența jucătorilor și care constă în extrageri de numere, de litere, simboluri, formulare sau bilete, prin intermediul cărora pot fi obținute diverse câștiguri determinate de evenimente care nu se desfășoară în prezența fizică a jucătorilor.

2. **pariuri**, dacă sunt folosite rezultatele unor evenimente ce se vor produce fără implicarea organizatorilor. Pariul este un joc de noroc în care participantul trebuie să indice rezultatele unor evenimente ce urmează să aibă loc sau care sunt generate aleatoriu de un sistem informatic independent. În aceasta categorie se includ:

(I) **pariurile mutuale**, în cadrul cărora premiul se distribuie participanților declarați câștigători proporțional cu numărul variantelor câștigătoare deținute de fiecare dintre aceștia, organizatorul⁵ fiind implicat doar în procesul de colectare a taxelor de participare și de distribuire a sumelor stabilite cu titlul de premii, în conformitate cu prevederile regulamentelor de joc respective;

¹ Sistemul electronic central, prin grija și pe seama organizatorului, va fi conectat cu un terminal situat la ministerul finanțelor publice, pus la dispoziție gratuit de organizatori, și va conține sau va permite accesul la informații privind: totalul taxelor de participare colectate în orice zi, totalul premiilor acordate în ziua respectivă, precum și evidența terminalelor interconectate în sistem (numărul acestora și adresa la care sunt exploatate fiecare).

² Conform căruia jocurile de noroc propuse a fi autorizate nu încălcă dreptul de exclusivitate și nu impiedică asupra realizării obiectului de activitate al loteriei naționale, iar mijloacele de joc utilizate, indiferent de modul constructiv sau operațional al acestora, sunt vizate de biroul român de metrologie legală.

³ Sistemul electronic central, prin grija și pe seama organizatorului, va fi conectat cu un terminal situat la ministerul finanțelor publice, pus la dispoziție gratuit de organizatori, și va conține sau va permite accesul la informații privind: totalul taxelor de participare colectate în orice zi și totalul premiilor acordate.

⁴ compania națională „loteria română” este unic organizator, pe întreg teritoriul țării, pentru organizarea și exploatarea de jocuri loto.

⁵ compania națională „loteria română” este unic organizator, pe întreg teritoriul țării, pentru organizarea și exploatarea de jocuri tip pariuri mutuale.

(II) pariurile în cotă fixă, în cadrul cărora organizatorul este cel care stabilește pe baza unor criterii proprii și aduce la cunoștința participanților cotele de multiplicare a mizei în cazul în care variantele jucate sunt declarate câștigătoare, în conformitate cu prevederile regulamentelor de joc respective. Valoarea fiecărui câștig este fixată prin regulament (suma fixă sau multiplu de miza) independent de totalul mizelor;

3. **cazinourile**, dacă evenimentele se produc cu ajutorul unor mijloace specifice de joc, în prezența fizică a participanților, cu sau fără participarea directă a acestora. Mijloacele specifice de joc folosite pot fi:

cărți de joc,

zaruri,

bile de ruletă,

rulete

mise de joc, inclusiv instalațiile auxiliare ale acestora

alte mijloace de joc

4. **slot-machine**¹, dacă evenimentele sunt organizate în prezența fizică a participanților prin intermediul mașinilor, utilajelor și instalațiilor specifice, iar câștigul depinde de hazard

5. **bingo**, care poate fi:

a) jocul *bingo desfășurat în săli de joc*, cu câștiguri generate de elemente aleatorii, organizate prin folosirea echipamentelor complexe de extragere de tip loteristic, care este caracterizat prin extrageri și premieri succesive, în prezența fizică a jucătorilor

b) *bingo organizat prin intermediul sistemelor rețelelor de televiziune*, cu câștiguri generate de elemente aleatorii, organizat prin folosirea echipamentelor complexe de extragere de tip loteristic, care este caracterizat prin extrageri și premieri succesive, fără prezența fizică a jucătorilor

Nu sunt considerate jocuri de noroc următoarele tipuri de jocuri:

I. tombolele organizate în școli, în grădinițe sau în alte colectivități și care au un caracter distractiv și nonprofit pentru organizatori;

II. jocurile de tip distractiv, exploatate prin intermediul unor mașini, aparate, dispozitive de orice fel și care nu presupun câștiguri bazate pe elemente aleatorii, ci au ca scop testarea forței, inteligenței și dexterității participantului;

III. acțiunile organizate de diferiți operatori economici, în scopul stimulării vânzărilor și care nu presupun taxă de participare, respectiv nici un fel de cheltuială suplimentară din partea participanților și nici majorarea prețului pe care produsul l-a avut anterior desfășurării acțiunii publicitare.

Nu sunt permise:

jocurile de noroc frauduloase - acele jocuri de noroc prin care mijloacelor de joc aprobate le sunt modificate datele sau parametrii inițiali, astfel încât să fie adusa atingere elementelor de șansă sau metodelor de selecție.

jocurile de tip „caritas” sau organizarea și desfășurarea de jocuri sau activități, indiferent de denumirea lor, prin care se propune unor persoane să depună sau să colecteze bani ori să se înscrie pe o listă, făcându-le să spere câștiguri financiare rezultate din creșterea numărului de persoane recrutate sau înscrise, indiferent cum se realizează această

¹ mașini electronice atribuitoare de câștiguri

colectare sau înscriere pe liste în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos material injust.

jocurile de tip alba – neagra, care se bazează pe dexteritatea organizatorului, a mînuitorului mijloacelor de joc (cărți de joc, cauciucuri cu timbre, capace cu boabe de cereale, capace cu bilă etc.).

ca instrumente de plată care concură la exploatarea jocurilor de noroc *instrumentele de plată utilizate în sistemul financiar-bancar*¹, alte hîrtii de valoare sau cu valoare declarată sau *vouchere*.

desfășurarea de jocuri de noroc în spații care datorită amplasării ar conduce la obstrucționarea traficului sau la limitarea liberului acces către alte locații de interes² (întrări în imobile, pasaje pietonale, stații ale mijloacelor de transport în comun etc.);

Un aspect de noutate introdus de norma legală în domeniul de referință îl constituie autorizare organizării și exploatării jocurilor de noroc de către **Comisia de autorizare a jocurilor de noroc** din cadrul Ministerului Finanțelor Publice, din componența căreia va face parte și un reprezentant al Oficiului Național de Prevenire și Combatere a Spălării Banilor. Atragem atenția asupra componenței Comisiei, deoarece considerăm oportun ca din această să facă parte reprezentanți ai organelor de control, care cunosc îndeaproape problemele legate de activitatea de jocuri de noroc.

În conformitate cu prevederile legislative în vigoare **nu se acordă licența de organizare a jocurilor de noroc sau autorizație de exploatare a jocurilor de noroc**, în situația în care operatorii economici organizatori:

1 înregistrează la data depunerii cererii pentru obținerea licenței de organizare a jocurilor de noroc sau a autorizației de exploatare a jocurilor de noroc, obligații de plată restante față de bugetul general consolidat;

2 nu au constituit garanția pentru acoperirea riscului de neplată a obligațiilor față de bugetul general consolidat, în cuantumul, în forma și la termenul prevăzut de actele normative din domeniu.

În situația în care un operator economic nu mai deține licență de organizare a jocurilor de noroc validă, indiferent de motivul care a generat aceasta stare, autorizațiile de exploatare a jocurilor de noroc emise în favoarea acestuia își pierd valabilitatea cu aceeași dată, iar operatorul economic respectiv este obligat la plata taxelor de autorizare aferente.

Comisia poate dispune **anularea licenței** de organizare a jocurilor de noroc sau a autorizației de exploatare a jocurilor de noroc, atunci când se constată că la data acordării acesteia solicitanții au oferit informații incorecte sau inexacte, care, dacă ar fi fost cunoscute, ar fi condus la neacordarea licenței de organizare a jocurilor de noroc sau a autorizației de exploatare a jocurilor de noroc³. Efectele anularii nu se răsfrâng asupra premiilor acordate participanților la jocurile de noroc care au acționat cu bună-credință.

¹ ordine de plată, cambii, bilete la ordin, viramente, foi de vărsămînt etc.

² în mod excepțional se admite organizarea de jocuri de noroc în cinematografe, săli de spectacole, săli de sport, case de cultură și altele de acest fel, cu condiția să fie asigurate cumulativ următoarele: acces separat pentru jucători, să nu fie deranjate în vreun fel celelalte activități și să poată fi restricționat total accesul minorilor

³ în aceasta situație, o noua solicitare de autorizare poate fi făcută după cel puțin 5 ani de la data la care decizia de anulare devine definitivă în sistemul cailor administrative de atac sau de la data hotărârii judecătorești definitive și irevocabile.

De asemenea comisia poate dispune, în funcție de consecințele produse, măsura **revocării licenței** de organizare a jocurilor de noroc în una dintre următoarele situații:

a) neîndeplinirea obligațiilor de plată față de bugetul general consolidat sau plata acestora, cu o întârziere mai mare de 30 de zile de la data la care obligațiile respective sunt scadente în condițiile legii;

b) organizatorul nu mai are ca obiect de activitate principal organizarea de jocuri de noroc;

c) după retragerea avizului organelor de poliție acordat reprezentanților legali ai persoanei juridice, în condițiile în care aceștia își mențin poziția respectiva după parcurgerea unui interval de 30 de zile de la data comunicării retragerii avizului;

d) atunci când împotriva persoanei juridice s-a pronunțat o hotărâre definitivă de condamnare pentru care nu a intervenit reabilitarea;

e) dacă reprezentanții legali ai operatorului economic se află într-o stare de incompatibilitate pentru o perioada mai mare de 30 de zile de la data la care a intervenit acea stare;

f) pentru menținerea poziției deținute mai mult de 30 de zile de către oricare dintre asociații sau reprezentanții legali ai persoanei juridice împotriva cărora s-a pronunțat o hotărâre judecătorească definitivă de condamnare pentru care nu a intervenit reabilitarea, în România sau într-un stat străin¹;

g) pentru organizarea de jocuri de noroc frauduloase;

h) pentru neconstituirea garanției în cuantumul, în forma și la termenul prevăzut de norme în vigoare;

i) nerespectarea altor prevederi legale².

După revocarea licenței de organizare a jocurilor de noroc, o nouă solicitare poate fi făcută de organizatorul de jocuri de noroc, după cel puțin un an de la data la care decizia de revocare a rămas irevocabilă în sistemul căilor de atac.

O altă măsură pe care comisia o poate dispune, pentru o perioadă de cel mult 6 luni, este **suspendarea licenței de organizare a jocurilor de noroc** pentru nerespectarea regulamentelor de joc care au făcut obiectul aprobării, având ca rezultat prejudicierea participanților la jocul de noroc respectiv, sau **suspendarea autorizației de exploatare a jocurilor de noroc** pentru cazurile prevăzute prin normele de aplicare a Ordonanței de Urgență 77/2009.

De asemenea, se poate dispune măsura suspendării sau revocării licenței de organizare a jocurilor de noroc, la solicitarea Oficiului Național de Prevenire și Combateră a Spălării Banilor, pentru nerespectarea prevederilor legislației privind prevenirea și combaterea spălării banilor și finanțarea actelor de terorism, constatată prin acte administrative ramase definitive în sistemul căilor administrative de atac sau prin hotărâri judecătorești definitive și irevocabile.

Pentru dispunerea măsurilor prevăzute anterior comisia se poate sesiza din oficiu sau ca urmare a sesizării efectuate de organele cu atribuții de control prevăzute de actele normative în domeniu.

¹ pentru o infracțiune prevăzută de ordonanță de urgență 77/2009, sau pentru o altă infracțiune săvârșită cu intenție pentru care a fost aplicată o pedeapsă de minimum 2 ani cu închisoarea;

² cuprinse la art. 5 alin. (5), art. 12 alin. (2), art. 14 alin. (2) lit. B) pct. (III) B, art. 15 alin. (2) si (7), art. 16 si la art. 21 alin. (2)—(4)

După revocarea licenței de organizare a jocurilor de noroc, pe perioada suspendării autorizației de exploatare a jocurilor de noroc, precum și după încetarea activității de jocuri de noroc, sub orice formă, operatorii economici organizatori de jocuri de noroc sunt obligați să achite diferența rămasă de plată din taxa anuală aferentă autorizației de exploatare a jocurilor de noroc.

Un aspect de noutate introdus de OUG 77/2009, care îi nemulțumește pe organizatorii de jocuri de noroc, îl constituie numărul minim de mijloace de joc, locații sau dotări tehnice pentru care se poate solicita autorizarea. Astfel, acesta este funcție de categoria de joc de noroc, după cum urmează:

a) pentru jocurile tip **slot-machine**, numărul minim de mijloace de joc care pot fi exploatare de același operator economic este de 50 de aparate, care pot fi exploatare în cadrul aceleiași locații sau în locații diferite. Dacă numărul autorizațiilor de exploatare a jocurilor de noroc plătite de organizator scade sub numărul prevăzut în prezenta ordonanță de urgență, licența de organizare a jocurilor de noroc se revoca de drept, fără îndeplinirea altor proceduri prealabile. Pentru jocurile tip **slot-machine** care sunt construite într-o singură entitate și sunt exploatare de la mai multe terminale (posturi) de joc, autorizația de exploatare a jocurilor de noroc se acorda pentru întreaga entitate, iar taxa de autorizare se datorează pentru fiecare terminal (post) în parte, fiecare fiind inclus în calculul numărului minim de mașini. Numărul de slot-machine, pentru fiecare locație, este de:

(I) minimum 20 de mijloace de joc pentru spațiile în care, pe lângă celelalte activități care se desfășoară în cadrul incintei respective, altele decât exploatarea de jocuri de noroc, se exploatează numai aceasta categorie de mijloace de joc;

(II) minimum 3 mijloace de joc, dar nu mai mult de 5 mijloace de joc, pentru spațiile în care se desfășoară cu precădere alte activități cu caracter economic, amplasarea, organizarea și exploatarea mijloacelor de joc respective fiind realizate distinct în cadrul locației;

(III) minimum doua mijloace de joc pentru locațiile autorizate pentru activitatea de pariu sau loto;

(IV) minimum 50 de mijloace de joc interconectate în sistemul de joc „jack-pot”, în situația în care mijloacele de joc sunt exploatare în cel puțin două locații;

(V) minimum 4 terminale (posturi) de joc pentru jocurile tip slot-machine care sunt construite într-o singura entitate și la care exploatarea se realizează de la mai multe terminale (posturi) de joc;

b) numărul minim de mese speciale de joc din cadrul locației în care se organizează activitatea de tip **cazinou** este de:

12 în municipiul București, dintre care cel puțin doua mese de ruletă;

10 în alte locații decât în municipiul București, dintre care cel puțin două mese de ruletă;

Locațiile în care se exploatează activitatea de tip cazinou vor fi dotate cu sistem digital de supraveghere și înregistrare video, precum și cu mijloace de joc și tehnica de bază și complementară specifică la nivelul practicat pe plan internațional.

Organizatorii activității de tip cazinou vor tine evidența datelor de identificare ale persoanelor care intra în incinta locațiilor în care este exploatat acest gen de activitate numai în format electronic. Bazele de date constituite la nivelul organizatorului se arhivează prin grija acestuia și se păstrează pentru un interval de minimum 5 ani.

c) în cadrul fiecărei locații în care se organizează și se exploatează activitatea de **bingo** în săli de joc dotarea tehnica minimală trebuie să cuprindă: un aparat de extragere aleatorie a numerelor, 3 panouri cu afișaj luminos, 4 monitoare color TV, un calculator electronic coordonator de joc, dispozitive și accesorii specifice jocului de bingo;

d) pentru activitatea de **pariuri**, numărul minim de spații în care poate fi exploatată activitatea de același operator economic este de 15. Pentru activitatea de pariuri, numărul minim de terminale specializate în dotarea unui operator economic este de 30. Pentru activitatea de pariuri, dotarea tehnica minimala trebuie sa cuprindă:

(I) pentru locația centrală: sistem computerizat de înregistrare, stocare, omologare și raportare contabilă a pariurilor efectuate, compus din server, sistem pentru securizarea transmisiilor, calculatoare pentru urmărirea pariurilor efectuate, sistem de transmisie de date (internet, radio, telefon etc.);

(II) pentru punctul de lucru (agenție): minimum un terminal specializat pentru emiterea și înregistrarea pariurilor, o imprimantă pentru emiterea biletelor pariate, sistem de transmisie de date către locația centrală;

(III) pentru locația aflată la Ministerul Finanțelor Publice: sistem computerizat de înregistrare, stocare, omologare și raportare contabilă a pariurilor efectuate compus dintr-un terminal, sistem pentru securizarea transmisiilor, sistem de transmisie de date (internet, radio, telefon etc.);

e) pentru jocurile de noroc **bingo** organizate prin intermediul sistemelor rețelelor de **televiziune**, numărul minim de agenții prin care se realizează distribuția biletelor de către același operator economic este de 150. Pentru jocurile de noroc bingo organizate prin intermediul sistemelor rețelelor de televiziune, dotarea tehnica minimala trebuie sa cuprindă:

(I) pentru locația centrală: sistem computerizat de înregistrare, stocare, omologare și raportare contabilă a taxelor de participare colectate, compus din server, sistem pentru securizarea transmisiilor, calculatoare pentru urmărirea taxelor de participare colectate, sistem de transmisie de date (internet, radio, telefon etc.);

(II) pentru locația aflată la Ministerul Finanțelor Publice: sistem computerizat de înregistrare, stocare, omologare și raportare contabilă a taxelor de participare colectate, compus dintr-un terminal, sistem pentru securizarea transmisiilor, sistem de transmisie de date (internet, radio, telefon etc.).

Nu în ultimul rând sunt de noutate infracțiunile incriminate de OUG 77/2009, dintre care enumerăm:

Constituie infracțiune fapta săvârșită de administratorul, directorul sau alt reprezentant legal al unei persoane juridice ori de o persoană fizică, după caz, de desfășurare fără licența sau autorizație a oricăreia dintre activitățile din domeniul jocurilor de noroc și se pedepsește cu închisoare de la un an la 3 ani sau cu amendă.

Constituie infracțiune și se sancționează cu închisoare de la un an la 5 ani sau cu amendă următoarele fapte:

a) organizarea de jocuri de noroc prin intermediul sistemelor de comunicații de tip internet sau intranet, precum și prin intermediul altor sisteme de comunicații (sisteme de telefonie fixă sau mobilă) ori asimilate acestora;

b) organizarea de jocuri de noroc prin intermediul rețelelor de radio ori prin intermediul altor mijloace de transmisie asimilate;

c) organizarea de pariuri bazate pe rezultatele unor concursuri clandestine organizate în alte condiții decât cele prevăzute de normele legale în vigoare;

d) organizarea de jocuri clandestine ale căror rezultate pot fi influențate prin dexteritatea mânuitorului mijloacelor de joc în scopul obținerii unor venituri;

e) organizarea de jocuri de bingo, în baza aceleiași autorizații de exploatare a jocurilor de noroc, în mai mult de o locație;

f) organizarea de jocuri-concurs cu câștiguri de orice fel prin intermediul liniilor telefonice sau al altor sisteme de telecomunicație, televiziune ori radio, prin care se condiționează obținerea unor avantaje materiale ca rezultat al răspunsurilor formulate la întrebări de cultură generală, inteligență sau perspicacitate și care presupun o taxă de participare.

Constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani organizarea și desfășurarea de jocuri sau activități, indiferent de denumirea lor, prin care se propune unor persoane să depună sau să colecteze bani ori să se înscrie pe o listă, făcându-le să spere câștiguri financiare rezultate din creșterea numărului de persoane recrutate sau înscrise, indiferent cum se realizează aceasta colectare sau înscriere pe liste în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos material injust. De asemenea, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la un an la 3 ani sau cu amendă fapta de a propune în mod repetat unor persoane să depună sau să colecteze bani ori să se înscrie pe o listă.

Constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă fapta oricărei persoane care:

a) alterează sau înlocuiește prin orice mijloc rezultatul unui joc după ce acesta a fost stabilit;

b) plasează sau modifică o miza după ce rezultatul unui joc a fost stabilit;

c) folosește sau deține în vederea folosirii într-o sală de jocuri orice dispozitiv prin a cărui utilizare sunt alterate elementele de șansă și metodele de selecție prin care se modifică rezultatul jocului, suma sau frecvența plății într-un joc de noroc;

d) folosește sau deține în vederea folosirii într-o sală de jocuri jetoane - sau orice alt suport material al taxei de participare la jocurile respective - false, știind că acestea sunt falsificate;

e) organizează sau exploatează jocuri frauduloase.

Considerăm că la baza noilor reglementări din domeniul jocurilor de noroc au stat cercetările care reliefează cauzele ce favorizează fenomenul infracțional din industria jocurilor de noroc, pe teritoriul național, precum și o analiză atentă a stării de legalitate din acest domeniu care a demonstrat o creștere permanentă a infracțiunilor descoperite și a cuantumului prejudiciilor cauzate bugetului de stat. În ultima perioadă de timp s-au intensificat preocupările crimei organizate în preluarea și acapararea pieței jocurilor de noroc și pe teritoriul țării noastre.

Principalele încălcări ale normelor legale, se refereau în mod deosebit la regimul monopolului de stat și constau în organizarea și desfășurarea de jocuri neautorizate. Această constatare vine pe fondul creșterii fiscalității, moment în care se înregistrează o diminuare a cererilor de reînnoire a licențelor și autorizațiilor pentru acest tip de jocuri, ceea ce presupune exploatarea lor în legalitate în condițiile în care nu se prevedea evidența, urmărirea și stabilirea destinației mașinilor ieșite din termenul de autorizare.

Analiza cauzelor care au favorizat creșterea fenomenului infracțional a stabilit principalii factori cu rol determinant și anume:

- efectuarea operațiunilor de încasări și cheltuieli (plăți de câștiguri și premii) exclusiv în numerar cu rulaje zilnice mari și foarte mari;
- gradul redus de specializare și profesionalizare a organelor de control, aparținând structurilor și instituțiilor cu atribuțiuni de control și supraveghere în acest domeniu, deficiențele de cooperare între acestea;
- dificultăți reale de supraveghere și control datorate dispersiei mari în teritoriu, inclusiv în mediul rural, precum și a existenței unei game diversificate de slot-machine cu formule de calcul diferite de la un tip la altul;
- lipsa evidenței, urmăririi și stabilirii destinației mașinilor ieșite din termenul de autorizare;
- intervenția pe piața jocurilor de noroc a marilor investitori care dispun de zeci și chiar sute de aparate instalate în săli ce acoperă zone întinse ale țării, făcând mai dificilă verificarea legalității exploatarei acestor aparate.

Ca o consecință, din anul 1990 pana în prezent, cunoaștem o scădere numerică a numărului de licențe care, oricum nu reflectă gradul real de dezvoltare a acestui sector, întrucât, pentru acele săli de joc nou deschise de un agent economic autorizat anterior au fost eliberate anexe la licențe, astfel încât nu avem reflectarea reală a mărimii acestui sector.

Înainte de a concludiona, dorim să atragem atenția asupra câtorva aspecte care trebuie avute în vedere de Comisia de specialitate și de organele competente în domeniul jocurilor de noroc. În speță, este la mare modă, un nou concept de distracție în România, Fun Casino considerat doar un mod de distracție unde pare-se „*nu se joaca pe bani reali*”, dar care, utilizează mese de joc (Ruleta, Black Jack sau Poker), crupieri, jetoane și cărți de joc utilizate în cazinourile licențiate. Cea de a doua problemă pe care o ridicăm, o reprezintă „*caritasul pe internet*”, o metodă piramidală, care constă în depunerea unei sume mici de bani (10 lei), și atragerea în joc a unui număr de participanți care la rândul lor vor depune suma și vor atrage alți clienți. Toată această activitate se desfășoară prin intermediul e-mail-ului plățile fiind făcute în conturi personale ale participanților la joc. Nu în ultimul rând semnalăm faptul ca jocul piramidal ***Delfin***, atrage încă clienți din țară și mai ales din Republica Moldova, care pentru aproximativ 2.300 euro – sumă pentru care primesc cartea „*Calea Succesului*” - participă la seminarii de afaceri sau la ședințe de vânzări directe, unde sunt instruiți cu privire la modul în care trebuie să atragă și alți clienți în această afacere.

În încheiere, considerăm că, legislația nou promovată de guvern, în domeniul jocurilor de noroc, are câteva scăpări, dar aduce un suflu nou în ceea ce privește colectarea veniturilor din această activitate la bugetul statului, și se aliniază la prevederile europene în domeniu.

BIBLIOGRAFIE

Rezoluția Parlamentului European din 10 martie 2009 referitoare la integritatea jocurilor de noroc on-line (2008/2215(INI))

OGU nr.77 din 26 iunie 2009, Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I nr. 439 din 26.06.2009

TRAFICUL CU MIJLOACE DE PLATĂ CONTRAFĂCUTE

Lect. univ. dr. PINTILIE LIGIA
Academia de Poliție „A.I.Cuza”

În contextul creșterii și diversificării criminalității internaționale, traficul cu astfel de mijloace de plată contrafăcute cunoaște o recrudescență îngrijorătoare, motiv pentru care toate polițiile din lume și alte servicii specializate din sfera bancară sunt în alertă continuă, căutând permanent noi modalități de contracarare a acestui fenomen¹.

Analiza datelor și informațiilor existente în acest domeniu atestă faptul că și în România s-au organizat și acționează rețele de traficanți care au ca activitate principală procurarea și plasarea de valută falsă².

Atenția plasatorilor români și străini a fost și este îndreptată cu precădere asupra persoanelor fizice din sfera economică privată, întrucât acestea nu cunosc corespunzător elementele de siguranță ale bancnotelor.

De-a lungul anilor, atenția plasatorilor străini și români s-a îndreptat cu precădere spre persoanele particulare, amatoare fie de călătorii în străinătate, fie de achiziționarea valutei în scop de teaurizare.

Reglementările din România, privind permisivitatea deținerii de valută de către persoane fizice și juridice, la care se adaugă libertatea de deplasare în exterior și creșterea fără precedent a activităților comerciale, în condițiile procesului de privatizare, au condus la o adevărată goană după valută din partea cetățenilor români, cei mai mulți neavizați asupra elementelor caracteristice de protecție a bancnotelor, pentru a le deosebi de cele false³.

Această situație a fost repede sesizată și fructificată de grupările criminale interesate din exterior care, beneficiind și de sprijinul unor elemente infractoare autohtone, în special din rândul cetățenilor de etnie rromă cu experiență în schimbul de valută "la negru", au introdus în România cantități însemnate de bancnote false⁴.

Măsurile de prevenire luate de organele de poliție, prin instruirea agenților de la casele de schimb și, în general, a personalului unităților specializate care efectuează astfel de operațiuni, au determinat plasatorii de valuta falsă să-și îndrepte atenția către persoanele particulare, racolate în perimetrul caselor de schimb valutar, la bănci, oferindu-le un schimb monetar "avantajos", sub cursul de schimb practicat de aceste instituții.

Nu este deloc surprinzător faptul că traficanții, în deosebi cei din filierele rusești și bulgare, după apariția noii monede europene - EURO - în circuitul monetar, s-au grăbit și au acționat operativ pentru a-și lichida stocurile de mărci germane, franci francezi, lire italiene ș.a., până la finalizarea operațiunii de schimb a acestor mijloace de plată, care s-a finalizat în luna martie 2002.

În acest context, au fost intensificate activitățile specifice pe plan național, dar și de cooperare internațională.

¹Pintilie Ligia – Metode și Tehnici de investigare și documentare a infracțiunilor în domeniul crimei organizate, Editura Sitech, Craiova, 2008, pag. 81 și urm.

² Banca de Date a D.G.C.C.O.2000-2009.

³ Albu Petru - op.cit. pag.215 și urm.

⁴ Banca de Date a D.G.C.C.O.2000-2009.

Astfel, prin înființarea la data de 01.03.2004, în cadrul Inspectoratului General al Poliției Române, Direcția Generală de Combatere a Criminalității Organizate – Direcția de Combatere a Crimei Organizate, a Oficiului Național Central pentru Combaterea Falsului de Monedă și cec-uri de călătorie se urmărește alinierea la standardele profesionale și de performanță ale acestuia cu ale celorlalte Oficii Naționale din statele Uniunii Europene.

Odată cu introducerea în circulația bănească a bancnotelor imprimate pe suport din polimer - element de securitate modern, și piedică serioasă în activitatea infracțională a falsificatorilor - numărul cazurilor de contrafacere a înregistrat o scădere semnificativă.

Combaterea fraudelor comise prin intermediul mijloacelor electronice și perfecționarea elementelor de siguranță ale instrumentelor de plată fără numerar au devenit, în ultimii ani, o preocupare tot mai intensă a organismelor internaționale de cooperare polițienească, a guvernelor statelor puternic industrializate și a industriei private. Efervescența în jurul acestui subiect se datorează, în mare măsură, creșterii extrem de rapide a volumului fraudei și complexității infracțiunilor săvârșite prin folosirea mijloacelor electronice și a informațiilor prelucrate de acestea¹.

Utilizarea noilor tehnologii privind informația și transferul de informații (în special a rețelei Internet) a declanșat dezvoltarea noilor piețe virtuale (e-commerce (comerțul electronic prin intermediul magazinelor on-line) și m-commerce (utilizarea telefonului mobil pentru comerț)), creând, de asemenea, oportunități pentru a introduce noi mijloace de plată electronice, precum și noi sisteme de plăți electronice. Pe termen lung, perfecționarea instrumentelor de plată fără numerar confirmă tendința de utilizare pe scară largă a mijloacelor electronice pentru efectuarea plății în diverse tranzacții, față de plățile cu numerar.

De altfel, în prezent intervine simplitatea de a plăti pentru bunuri și servicii cu carduri (de debit, de credit, smart-carduri) și prin intermediul sistemelor de plăți on-line (Internet) sau al sistemelor bancare de tip remote/home banking. (Spre exemplu, Raiffeisen Bank și Vodafone au pus la dispoziția clienților săi serviciul myBanking prin intermediul căruia se pot efectua operațiuni direct din meniul telefonului mobil, precum: transferuri intra și interbancare în lei; consultare sold și miniextras de cont; plata facturilor Vodafone/reîncărcări cartele preplătite Vodafone, din contul curent în lei deschis la Raiffeisen Bank etc).

Totuși, introducerea acestor noi instrumente și sisteme de plăți electronice a creat, de asemenea, oportunități infracționale. Deși fraudă cu cărți de credit și cecuri de călătorie a fost semnalată pentru prima dată acum câțiva ani, datele statistice reliefează faptul că infractorii ținesc, de asemenea, mijloacele și sistemele de plată electronice introduse recent.

Odată cu apariția industriei cardurilor de plată, criminalii au exploatat oportunitatea de a folosi cardurile pierdute sau furate în scopuri frauduloase. Reembosarea, ca formă a contrafacerii, a fost foarte folosită de către primii falsificatori de cărți de credit. Dispunând de cardurile pierdute sau furate, criminalii au fost capabili să obțină informații valide privind contul și să producă copii nelimitate de carduri contrafăcute prin reembosarea cu informații valide. Cardurile astfel obținute puteau fi apoi distribuite global pentru efectuarea tranzacțiilor frauduloase.

¹ Rafael Rondelez și colectiv - Combaterea Fraudelor cu Carduri - Ed. Imprimeria Națională Buc. 2006,pag.7.

Abilitatea falsificatorilor de a altera și contraface cardurile de credit a fost în mare măsură circumscrisă grupurilor infracționale organizate tradiționale și altor grupări infracționale bine structurate, atrăgând de partea lor persoane specializate care:

- ◆ să furnizeze o sursă continuă de carduri contrafăcute sau carduri pierdute/furate pentru a fi reemboșate și alterate cu date de cont valide furate;
- ◆ să poată obține copii ale chitanțelor cu date active ale posesorului de card pentru reemboșare;
- ◆ să aibă acces la echipamentul de reemboșat și cunoștințe tehnice pentru a-l folosi;
- ◆ să asigure un canal de distribuție sau o rețea de curieri pentru tranzacții cu astfel de carduri.

Dacă inițial datele privind posesorul de card erau limitate la caracterele embosate pe plasticul cardului, prin introducerea benzii magnetice pe cardul de credit, băncile/instituțiile emitente de carduri de credit au avut posibilitatea să insereze informații suplimentare. Odată cu introducerea și implementarea la scară largă a tehnologiei benzii magnetice, siguranța datelor cardului de credit a fost semnificativ îmbunătățită, iar spațiul de acțiune pentru activitățile de alterare și contrafacere a cardurilor a fost substanțial limitat, fiind accesibil doar anumitor grupuri criminale specializate¹.

La începutul anilor '90, situația a început să se schimbe. Proliferarea cardurilor de plastic cu bandă magnetică emise pentru telecomunicații sau în scopuri comerciale, sociale etc. pentru diverse companii, precum și accesul - din ce în ce mai puțin costisitor - la tehnologia necesară ștergerii și encodării (scrierii) benzii magnetice au deschis calea unor noi oportunități infracționale pentru o mulțime de criminali aspiranți. Ceea ce anterior era limitat la domeniul de acțiune al criminalilor organizați, a evoluat rapid într-o "industrie la domiciliu".

Având în vedere pierderile imense înregistrate cauzate prin fraude cu carduri de credit alterate sau contrafăcute, s-au luat măsuri pentru „întărirea” elementelor de siguranță ale cardurilor de credit. În acest sens, s-a investit în dezvoltarea și implementare unui "cod" (card verification code) ("valori") din 3-5 cifre obținut pe baza unui algoritm, care putea fi encodat pe una din înregistrările (track) benzii magnetice. Totuși, la sfârșitul anului 1995, au fost descoperite mai multe cazuri în care codurile CW/CVC fuseseră compromise. Criminalii și-au dat seama că pot captura codul CW/CVC prin citirea (skimming) întregii benzi magnetice și transferarea informației pe un alt card².

Recent, s-a investit major în design-ul și dezvoltarea cardurilor cu circuit integrat (cunoscut sub denumirea de chip card sau smart card), care vor schimba în mod hotărâtor natura comerțului, introducând elemente de siguranță foarte avansate tehnologic. Deși migrarea către cardurile cu cip este în curs de desfășurare, se anticipează că vor trece câțiva ani până când va fi complet implementată. Mai mult, în această fază incipientă, cardurile cu cip sau smart cardurile vor continua să conțină o bandă magnetică pentru a putea fi efectuate în continuare tranzacții în lipsa existenței unui cititor de card sau a unei rețele adecvate.

Pe măsură ce tehnologia avansează, infractorii se perfecționează, încercând să devanseze eforturile de prevenire, detectare și combatere a fraudelor cu cărți de credit. S-a identificat o nouă generație a modalităților de fraudare, semnalându-se totodată existența

¹ Rafael Rondelez și colectiv – op.cit.pag.8.

² Ibidem.

unor infractori care exploatează dezvoltarea tehnologiei pentru o viitoare penetrare și subminare a mijloacelor de apărare promovate de industria cardurilor.

O imagine exactă asupra temei de studiu poate fi construită printr-o abordare succintă asupra evoluției și modului de manifestare a tendințelor acestui fenomen infracțional, raportat la România și la făptuitorii români.

Având în atenție conceptul larg de „high-tech crime”(fraudă cu carduri reprezintă o componentă importantă a acestui fenomen), se poate afirma că, în România, interesul pentru a comite infracțiuni în sfera mijloacelor de plată electronică (carduri bancare) a devenit palpabil începând cu anul 1997, odată cu extinderea la scară largă a accesului la Internet (fie prin conexiuni private de la domiciliu, fie prin intermediul sălilor de tip Internet Cafe). Până la nivelul anului 2001 a urmat o creștere a numărului de infracțiuni comise prin rețeaua Internet de către cetățenii români, de regulă victime fiind cetățeni străini, însemnând: înșelăciuni pe site-uri de licitații (gen e-Bay), accesuri neautorizate la diferite site-uri web sau în anumite locații prin violarea unor standarde de securitate, precum și activități de carding (materializate prin folosirea datelor bancare obținute fraudulos în rețeaua Internet pentru efectuarea de cumpărături din magazine virtuale). Practic, carding-ul a constituit pentru infractorii români debutul în domeniul infracțional al fraudelor cu carduri¹.

Profiturile deosebit de mari înregistrate și pagubele create au generat o reacție instituțională rapidă în plan internațional și intern, urmând demararea unor ample anchete finalizate cu succes și destrămarea unor grupuri organizate în zonele de interes: Timișoara, Argeș, Vâlcea, București (la nivelul anilor 2002-2003). În paralel, s-a adoptat o legislație modernă care să incrimineze acest gen de infracțiuni: Legea 365/2002 privind comerțul electronic, Legea nr. 39/2003 privind prevenirea și combaterea criminalității organizate și Legea nr. 161/2003 care dedică Titlul III prevenirii și combaterii criminalității informatice, simultan cu specializarea polițiștilor din cadrul structurilor de combatere a crimei organizate, implicați în cercetarea acestui nou tip de infracționalitate.

După anul 2001, pentru cetățenii români predispuși la comiterea de astfel de infracțiuni a mai apărut o preocupare infracțională de interes și anume falsificarea fizică a cardurilor bancare sau „clonarea cardurilor”. România nu a reprezentat la acel moment o arie de interes întrucât utilizarea cardurilor nu era răspândită la scară largă raportat la numărul de deținători, rețeaua de ATM-uri (bancomate), comerțianții care să fi implementat sistemul de acceptare a plăților cu card (dotarea cu dispozitive POS), tipurile de carduri emise și plafoanele de credit ale acestora.

Practic, până la nivelul anului 2003, în România nu s-au înregistrat decât câteva cazuri izolate în care s-a probat faptul că infractorii încercaseră compromiterea unor carduri la bancomate prin metoda trapping, adică blocarea cardului în bancomat prin folosirea unui dispozitiv denumit „bucla libaneză” sau, intrând în posesia unor dispozitive (mașina de embosat, imprimanta termică, dispozitiv de laminare, un computer, incriptor de bandă magnetică), au încercat confecționarea de carduri folosind tehnica artizanală și date bancare obținute în mod fraudulos, de regulă, din rețeaua Internet. O statistică întocmită în acest sens de ROMCARD pentru 2003 arată dimensiunea fenomenului și anume faptul că tranzacțiile frauduloase cu carduri reprezentau 0,25% din totalul tranzacțiilor efectuate la

¹ Rafael Rondelez și colectiv –op.cit.,pag.9.

nivel național (se consideră tranzacții frauduloase și acele tranzacții efectuate cu un card autentic pierdut sau furat și folosit fraudulos)¹.

Pentru anul 2004, s-a stabilit că în România numărul aproximativ de posesori de carduri bancare era de 5 milioane, dar peste 90% reprezentau posesori de carduri de debit (obișnuitele carduri de salarii), neinteresante a fi compromise. Prin urmare, atenția infractorilor români s-a îndreptat către cardurile cetățenilor străini (cu preponderență din țările Uniunii Europene sau de pe continentul american), pe lângă folosirea carding-ului și a „buclei libaneze”, skimming-ul (copierea datelor pe bandă magnetică a cardurilor la ATM-uri sau la comercianții care acceptă plăți cu carduri) și phishing-ul (crearea de pagini web false, aparent ale instituțiilor bancare, prin care se solicită, sub diverse pretexte de securitate, comunicarea detaliilor bancare ale unui posesor de card), devenind metode uzuale de compromitere a unui card, cu rezultate imediate. Țările cel mai puternic afectate, într-o ordine a numărului de cazuri cu care s-au confruntat și a cuantumului prejudiciilor înregistrate, au fost: Marea Britanie, S.U.A., Canada, Italia, Spania, Irlanda, Germania, Danemarca, Suedia, Belgia, Franța, Cehia. Pentru unele din aceste țări, legat de mărimea prejudiciilor și numărul persoanelor implicate, ponderea au constituit-o la nivelul anului 2004 și o constituie și în prezent cetățenii români². Cu privire la aceștia s-a constatat o organizare de tipul grup criminal organizat, cu unul sau mai mulți coordonatori; tehnician care se ocupa de confecționarea, adaptarea sau montarea dispozitivelor pentru copierea datelor de pe banda magnetică a unui cârd și vizualizarea codului PIN; specialist în domeniul operării calculatorului, care se ocupa de confecționarea cardurilor contrafăcute - de tipul „white plastics”, pierdute, furate, expirate; „muncitori” care realizau operațiuni financiare în mod fraudulos - extrageri de numerar de la ATM-uri sau folosirea cardurilor contrafăcute la comercianți, uneori implicând și complicitatea acestora; „angajatori” care se ocupau cu recrutarea unor tineri predispuși la comiterea de astfel de fapte.

Măsurile luate la nivelul acestor țări de către industria bancară și companiile emitente de carduri (Visa, MasterCard), prin introducerea unor noi elemente de securitate pentru cardurile de credit (cardurile cu bandă magnetică și cip sau cu două coduri PIN) au condus la migrarea acestui fenomen infracțional către Europa de Est. Astfel, și în România, începând cu a doua jumătate a anului 2004, s-a constatat o tendință de creștere constantă și alarmantă a numărului acestor infracțiuni și a numărului persoanelor implicate în comiterea lor³.

În contextul utilizării tehnologiilor informatice și, în special, a rețelei Internet, criminalitatea clasică dobândește noi valențe. Alături de spălarea banilor prin transferuri electronice, pirateria informatică și altele asemenea, fraudele cu cărți de credit sunt infracțiuni de tip nou, care pot constitui și surse de finanțare pentru diverse organizații și activități ilegale, de la crima organizată la terorism.

După cum am menționat deja, practica sau cazuistica instrumentată la nivel european și național reflectă un aspect important cu privire la comiterea acestor tipuri de infracțiuni, și anume o anumită organizare infracțională. Pentru unele grupuri infracționale implicate și anihilate, s-a stabilit chiar și o organizare specifică grupurilor din sfera crimei organizate. În acest sens, ne raportăm la identificarea unui lider și a unei ierarhii în cadrul grupului, la stabilirea unor roluri bine determinate și delimitate pe traseul infracțional al fraudei cu

¹ Rafael Rondelez și colectiv –op.cit.,pag.9.

² Ibidem.

³ Ibidem ,pag.10.

carduri. În final, se constată inițierea și organizarea unor astfel de asocieri criminale doar pentru a obține profit și doar prin această manieră ilegală, iar în anumite cazuri s-a identificat și tendința de disimulare a profiturilor obținute, conducând fără dubii la un traseu al spălării banilor obținuți din infracțiune¹.

Tot cu privire la acest prim tip de grup criminal organizat, s-a constatat că uneori este inițiat și condus tot de un exponent din sfera crimei organizate, care în trecut vizase fie alt domeniu infracțional, fie alt teritoriu de manifestare. Analizând profitul uriaș și rapid pe care l-ar putea obține de pe urma infracțiunilor cu carduri, a aderat recent la un nou grup.

Organizarea criminalilor, modurile de operare folosite (pe de-o parte pentru obținerea detaliilor bancare ale unui card, iar pe de altă parte pentru compromiterea acestuia) și, nu în ultimul rând, etnicitatea celor implicați demonstrează în foarte multe cazuri un caracter transfrontalier vădit pentru modul de manifestare sau de comitere a acestor infracțiuni. Cu titlu exemplificativ, putem aminti identificarea unor cazuri de fraudă, în care detalii ale conturilor de card au fost obținute de pe continentul american sau asiatic și folosite cu succes în Europa sau, raportat la infractorii români, datele obținute prin skimming la ATM-uri în țări ale continentului european au fost ulterior transferate în România, unde membri ai grupului le-au reencodat, creând clone ale cardurilor autentice și realizând în final, cu succes, fraudarea conturilor de card.

Pentru a ilustra conceptul atașat de infracțiune transfrontalieră și conexiunile acestuia cu criminalitatea organizată, se poate face trimitere și la ceea ce specialiștii numesc carding.

În linii mari, termenul de carding poate fi definit ca tranzacționarea ilicită și/sau utilizarea frauduloasă de informații furate privind cardurile de credit².

În vederea înțelegerii acestui fenomen, vom proceda la o scurtă analiză a rețelei infracționale, care privește, în principal, comunitatea de carding din Europa de Est, care are acces la serviciile hackerilor experți și la milioane de date furate privind cardurile de credit³. Rețeaua utilizează echipamente și ateliere specifice pentru producerea de carduri contrafăcute și are un sistem de distribuție corespunzător pentru vânzarea datelor de cont obținute ilegal. Carderii sunt adesea implicați în activități de hacking sau sunt asociați cu alți criminali care pătrund neautorizat în anumite sisteme informatice în scopul de a sustrage date financiare. Aceștia pot fi, de asemenea, specializați în contrafacerea cârduirilor de credit, falsificarea documentelor de identitate și/sau spălarea banilor.

Rețeaua de carding nu are neapărat o structură ierarhică clară, dar - în ciuda acestui fapt - lucrează într-un mod bine organizat, utilizând celule specializate pentru funcții specifice. Natura acestei organizări este mai degrabă cea a unei rețele de experți și profesioniști care sunt într-o oarecare măsură în legătură permanentă unul cu altul. Mai mult, limitele și dimensiunea rețelei sunt foarte greu de apreciat, având în vedere că există câteva niveluri distincte: asociați, clienți, angajați și contacte. Poziționarea acestora față de nucleul rețelei este, de asemenea, dificil de stabilit. Destrămarea rețelei infracționale nu este deloc facilă, având în vedere flexibilitatea și instabilitatea părților sale componente. În ciuda faptului că una dintre figurile centrale⁴ ale unei astfel de rețele infracționale

¹ Rafael Rondelez și colectiv – op.cit.pag.10.

² Rafael Rondelez și colectiv –op.cit.,pag.11.

³ Ibidem.

⁴ Este vorba despre Roman Stepanenko (actual Roman Vega), zis BOA, de naționalitate ucraineană, membru al CarderPlanet Family. Acesta avea propriul său site web - BOA Factory, organizat ca o adevărată afacere, prin intermediul căruia se puteau cumpăra date furate privind

identificate a fost arestată în 2003, organizația a fost capabilă să funcționeze în continuare, datorită structurii sale adaptabile și abilității de a substitui persoana respectivă.

Diferitele celule ale rețelei infracționale funcționează pe baze simple, cunoscând doar ceea ce trebuie să facă, astfel încât o celulă are doar câteva cunoștințe despre activitățile celorlalte celule. Se lucrează într-o manieră proprie afacerilor, astfel încât - spre exemplu - datele (datele privind cardurile de credit) cumpărate și vândute între celule trebuie să fie plătite înainte de livrarea lor, deși celulele între care se face tranzacția (ilegală) pot fi părți ale aceleiași rețele.

Caracteristic structurii unei astfel de rețele infracționale este faptul că întreprinzători particulari formează o celulă care are o funcție specifică și care profită de pe urma cooperării cu una sau mai multe celule. Drept urmare, nu putem vorbi de o organizare infracțională clasică cu o structură ierarhică de tip piramidal, ci - mai degrabă - de o mulțime de funcții bine delimitate.

Deși criminalitatea organizată poate fi definită în diferite moduri, putem conchide că rețeaua infracțională (în directă legătură cu activitatea de carding) întrunește elementele de bază ale criminalității organizate¹.

Cu toate că nu există informații confirmate privind utilizarea violenței/intimidării de către grupul existent la nivelul rețelei de carding, un astfel de grup poate fi considerat un adevărat grup infracțional organizat.

Noțiunile enunțate și explicate anterior, privind caracterul transfrontalier al multor dintre cazurile de fraudă cu carduri, au fost acoperite național și în plan juridic, prin modernizarea legislației penale, în primul rând prin adoptarea Legii 39/2003² privind combaterea criminalității organizate³.

Această conexiune este necesară având în vedere noțiunile cu care noua lege operează, domeniul infracțional înglobat și importanța acordată de legiuitor combaterii fenomenului. Astfel, ne raportăm la tipul, mărimea pedepselor stipulate și la instituțiile juridice sau autorizările la care se face referire în textul de lege, ca instrumente de lucru.

Bibliografie:

Albu Petru- Crima organizată în perioada de tranziție- o amenințare la adresa securității naționale, Editura M.I.R.A., București, 2007.

Pintilie Lîgia – Metode și Tehnici de investigare și documentare a infracțiunilor în domeniul crimei organizate, Editura Sitech, Craiova, 2008.

Rafael Rondelez și colectiv - Combaterea Fraudelor cu Carduri - Ed. Imprimeria Națională Buc. 2006.

cărțile de credit, carduri contrafăcute sau pașapoarte, permise de conducere, documente, cecuri de călătorie etc, oferind totodată servicii de spălare a banilor.

¹6204/1/97 (ENFOPOL 35 REV), Consiliul Uniunii Europene, 1997. Acest criteriu este aplicat de către statele membre U.E. pentru întocmirea anuală a Raportului Europol privind Criminalitatea Organizată.

² Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 50 din 29 ianuarie 2003.

³ Potrivit acestei legi, poate fi considerată infracțiune transfrontalieră orice infracțiune care, după caz: 1. este săvârșită pe teritoriul unui stat, cât și în afara teritoriului acestuia; 2. este săvârșită pe teritoriul unui stat, dar pregătirea, planificarea, conducerea sau controlul său are loc, în tot sau în parte, pe teritoriul altui stat; 3. este săvârșită pe teritoriul unui stat de un grup. infracțional organizat care desfășoară activități infracționale în două sau mai multe state; 4. este săvârșită pe teritoriul unui stat dar rezultatul acesteia se produce pe teritoriul altui stat.

PROCEDEE PRACTICE ȘI TACTICE DE CONLUCRARE ÎNTRE STRUCTURILE DE COMBATAREA CRIMEI ORGANIZATE DIN CADRUL MINISTERULUI ADMINISTRAȚIEI ȘI INTERNELOR, AL SERVICIILOR DE INFORMAȚII, CU MINISTERUL PUBLIC

Lect. univ. dr. TOMA RUS
Academia de poliție „Al. I. Cuza”

Un obiectiv hotărâtor al reușitei folosirii mijloacelor, metodelor, tehnicilor și procedeele de investigație, se află și strategia folosirii acestora, respectiv colaborarea dintre instituțiile cu atribuții în aplicarea legii în combaterea criminalității organizate.

Această colaborare se realizează pe mai multe planuri:

- un plan procedural al raporturilor legale ce operează între instituții (spre exemplu: procurorul supraveghează și conduce activitatea de urmărire penală a poliției judiciare, emite dispoziții scrise obligatorii, autorizează sau solicită autorizarea folosirii mijloacelor de investigații, ș.a.m.d);
- un plan al acțiunii practice, comune în cadrul unor structuri operative complexe¹.

Sub acest aspect se remarcă rolul structurii operative interforțe în combaterea activităților de criminalitate organizată.

Necesitatea eficientizării utilizării informațiilor și datelor obținute în urma utilizării mijloacelor de informații a determinat înființarea unei structuri complexe care a adunat toate organismele competente în culegerea și prelucrarea de informații și de urmărire și cercetare penală.

În organizarea acestei structuri interforțe s-a avut în vedere ca drumul de la culegerea și prelucrarea informației la acțiunea penală să fie cât mai scurt, iar gestionarea acestui proces să se realizeze operativ prin raporturi procedurale și informative directe.

Astfel, din acțiunea crimei organizate transnaționale, se poate aprecia că rolul structurii operative interforțe este tocmai de a oferi cadrul operațional de luptă și combatere eficientă a acestui flagel. Mai, mult această structură s-a realizat în vederea interoperabilității cu unități similare din alte state, devenind principalul instrument de penetrare informativă și de tragere la răspundere penală a persoanelor ce se fac vinovate de fapte specifice crimei organizate.

Un exemplu relevant pentru modul de acțiune în cadrul "Task Force" și cooperare internațională în combaterea crimei organizate și terorismului este dat de activitatea operațională a Centrului SECI la București.

Activitatea operațională a Centrului SECI cuprinde două dimensiuni de acțiune care se susțin și se completează reciproc: schimbul de informații și Task Force. Schimbul de informații se realizează de ofițerii de legătură ai statelor membre sau observatoare, ofițeri care au misiune permanentă la București.

Activitatea în Task Force se realizează în cadrul unui mecanism regional destinat unei acțiuni comune și a unui sistem de cooperare interanțională pe diferite domenii de interes pentru statele membre.

¹ George Bălan – Teză de doctorat „Ministerul Public și politica penală de apărare a securității naționale”pag.260 și urm.

Principalul obiectiv de acțiune al Task Force este combaterea crimei organizate și terorismului ce acționează în sud-estul Europei, implicând experți ai diferitelor state participante în operațiuni de investigare, analiză și pregătire regională.

Experți naționali își aduc contribuția la activitatea centrului SECI în următoarele Task Forces:

- Combaterea traficului de droguri;
- Combaterea traficului cu ființe umane și imigrație ilegală;
- Combaterea infracționalității financiare și a infracționalității prin computer;
- Combaterea fraudelor și înșelăciunilor;
- Combaterea furturilor de autovehicule;
- Anti-terorism¹.

Toate aceste domenii de interes acoperă întreaga sferă a criminalității specifice regiunii sud-est europene și astfel, prin acțiunea Task Forces în toate aceste domenii, este posibilă sprijinirea autorităților judiciare ale fiecărui stat în lupta de prevenire și combatere a infracționalității².

Dezvoltarea acestui concept s-a realizat prin organizarea pe baze funcționale a grupurilor operative interforțe prin concentrarea la nivelul Ministerului Public (poliție judiciară și specialiștii din cadrul Parchetului Național Anticorupție și a Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată) a reprezentanților principalelor instituții cu rol în combaterea crimei organizate și a altor specialiști.

Grupul operativ ca parte superioară a întregului sistem de cooperare și acțiune între instituțiile cu atribuții în combaterea criminalității organizate s-a realizat prin valorificarea experienței interne de colaborare între aceste instituții și adaptarea la specificul legislativ intern a practicii statelor cu rezultate eficiente în combaterea acestui fenomen infracțional.

Conceptual această structură exprimă tocmai nevoia ca „furnizorii” de informații din sfera criminalității organizate să se afle cât mai aproape de „beneficiarii” acestor informații, în așa fel încât necesitățile cercetării și urmăririi penale să determine în timp

¹ Raportul pe anul 2004 al Centrului SECI (South-East European Cooperative Initiative), Editat la București, pp. 10-15, în care sunt prezentate statele care coordonează activitatea Task Force, după cum urmează:

1. Task Force privind traficul de ființe umane a fost înființat în anul 2000 și a fost coordonat de România;

2. Task Force anti-drog a fost înființat în anul 2000 și a fost coordonat de Bulgaria;

3. Task Force privind furtul de autovehicule a fost înființat în anul 2003 și a fost coordonat de Ungaria;

4. Task Force privind infracțiunile financiare și pe computer a fost înființat în anul 2004 și a fost coordonat de Macedonia;

5. Task Force anti-fraudă a fost înființat în anul 2003 și a fost coordonat de Albania și Croația;

6. Task Force anti-terorism a fost înființat în 2003 și a fost coordonat de Turcia. Task Force anti-terorism include trei sub-proiecte:

- Task Force - Arme mici și explozibili ușori (Task Force on Small Arms and Light Weapons-SALW);

- Task Force - Arme de distrugere în masă (Task Force on Weapons of Mass Destruction - WMD);

- Task Force - anti-terorism (Task Force on Anu'-Terorism).

² George Bălan – op.cit. pag.262 și urm.

optim tipul și natura informației necesare anchetei penale, iar aceasta să fie furnizată în mod operativ organelor de urmărire penală.

În raport de poziția procesuală a fiecărei structuri angrenate în lupta împotriva crimei organizate este foarte important să realizeze un feed-back operațional între aceste structuri, care să genereze coerență de acțiune între activitățile informative și cele de cercetare și urmărire penală.

Practica unor state occidentale și, în special, practica organismelor judiciare din S.U.A. au consacrat un concept similar care s-a dovedit eficient în lupta împotriva crimei organizate, și anume structura „Task Force”. Acest concept este definit de Oxford English Reference Dictionary¹ ca o forță înarmată sau unitate specială organizată pentru operațiuni speciale sau misiuni grele, complexe. De asemenea, se poate observa natura complexă, interforțe a structurilor definite de Codul penal federal al S.U.A., care au competențe federale de acțiune interguvernamentală, de control și combatere a producerii și traficului de stupefianți și precursori. Astfel, Codul penal federal al S.U.A.² reglementează structura, funcționarea și competența structurilor interforțe: Interagency Methamphetamine Task Force și Joint Federal Task Force on Illegal Drug Laboratories.

De asemenea, este reglementată și funcționarea unei structuri interstate cu acoperire pe traficul și producția ilicită de droguri între S.U.A și Bahamas - „United States - Bahamas Drug Interdiction Task Force”.

Spre exemplu, Interagency Methamphetamine Task Force este coordonată de Procurorul General al S.U.A., care își desemnează doi reprezentanți în unitatea interforțe. Alături de aceștia se mai află secretarul de stat de la Educație sau o persoană desemnată, secretarul de stat de la Sănătate sau o persoană desemnată, câte doi reprezentanți ai agențiilor statale cu rol în aplicarea legii (poliție, vamă, finanțe, etc), cât și experți neguvernamentali în politicile de prevenire a consumului de droguri.

Funcționarea pe o perioadă nedeterminată a acestor structuri cu competențe federale se realizează în cadrul unor organisme interforțe: „Interagency Working Group”.

Grupurile operative au drept obiective principale combaterea actelor de corupție săvârșite de funcționari guvernamentali sau alți agenți ai autorității de stat sau judecătorești, combaterea înaltei criminalități transfrontaliere și financiar-bancare, cât și ridicarea standardelor de integritate.

De asemenea, Grupurile operative au și atribuții în analizarea, evaluarea și valorificarea informațiilor referitoare la criminalitatea organizată și corupție, realizarea de controale și verificări de specialitate în mod independent sau în colective mixte, efectuarea actelor de urmărire penală, dispuse de procuror conform competențelor prevăzute de lege.

Informațiile obținute de la instituțiile ce au competență în culegerea și prelucrarea acestora sunt centralizate la nivelul grupului operativ care le va evalua sub aspectul

¹ "Task force (or group): 1. An armed force organized for a special operation; 2. A unit specially organized for a task" (Task force (sau grup): 1. o forță armată organizată pentru o operațiune specială; 2. o unitate organizată special pentru o misiune.) (The Oxford English Dictionary, Oxford University Press, 19%, ediția a doua, p. 1476).

² "Establishment - There is an established Methamphetamine Interagency Task Force, referred to as the interagency task force" (Reglementare - există Methamphetamine Interagency Task Force, pe care o numim Interagency Task Force.) - Federal Criminal Code and Rules, ediția 2000, West Group, 1105.

utilității și concludenței lor, cât și sub aspectul respectării exigențelor procedurale necesare declanșării urmăririi penale.

Structura interforțe prezentată reunește procurori, reprezentanți ai Ministerului Internelor și Reformei Administrative, Serviciul Român de Informații, Ministerul de Justiție, ofițeri de poliție judiciară și ofițeri din Inspectoratul General al Poliției de Frontieră.

De asemenea, se va asigura un sprijin operativ din partea Gărzii Financiare și Autorității Naționale a Vămile și Direcției Generale a Controlului Financiar de Stat. În cadrul Grupurilor vor participa în raport de competență și procurori militari.

Actele de urmărire penală vor fi efectuate de procuror conform prevederilor disp.art.209 C.p.p. În cazurile urgente organele de cercetare penală vor lua măsuri operative, iar actele procedural încheiate se vor trimite în temeiul disp.art.213 C.p.p. de îndată procurorului competent.

Se va urmări evaluarea continuă a informațiilor obținute în legătură cu pregătirea sau săvârșirea faptelor penale specifice crimei organizate și corupției în vederea efectuării unor analize operative cu privire la planificarea supravegherii și surprinderii în flagrant a persoanelor vinovate de comiterea de infracțiuni în așa fel încât această activitate să se realizeze cât mai aproape de data săvârșirii faptelor penale. Pentru asigurarea dovedirii faptelor și a admisibilității probelor vor fi utilizate, cu autorizarea instanței, mijloace tehnice de fixare și interceptare a comunicațiilor, se vor realiza legende, jocuri și combinații operative, se vor efectua acte premergătoare și se vor dispune măsuri procedurale.

În cadrul Grupului operativ se va elabora strategia de combatere a criminalității organizate și corupției, care va trebui să aibă în vedere mai mult obiective¹:

- elaborarea unor studii sectoriale privind evoluția criminalității organizate și corupției pe categorii de infracțiuni, medii de manifestare, cauze și perspective;
- în raport de modalitățile concrete de operare și legislație existentă, se vor elabora propuneri de acte normative care să reprezinte o ripostă eficientă și rapidă la noile forme ale criminalității;
- participarea reprezentanților Grupului operativ la programele internaționale de cooperare și asistență juridică în vederea realizării unei convergențe în politicile penale de combatere a criminalității;
- eficientizarea structurilor operative organizate în grupurile teritoriale de luptă împotriva corupției;
- programe de pregătire în comun a procurorilor și polițiștilor în combaterea crimei organizate și corupției;
- activități informative de penetrare a structurilor criminale în centrele de comandă și execuție în vederea cunoașterii în timpuri optime a acțiunii și metodelor de acțiune a organizațiilor criminale, a participanților la fapte penale și a relațiilor instituționale pe care aceștia le au;
- acțiuni de cercetare și urmărire penală care să reprezinte o ripostă eficientă prin trimiterea în judecată a persoanelor vinovate de săvârșirea unor fapte penale specifice crimei organizate, atât la nivelul centrelor de comandă, cât și la nivelul micii

¹ George Bălan – op.cit. pag.265 și urm.

infracționalități, care să destabilizeze centrele nervoase, dar și falangele criminalității;

- acțiuni mediatice de prezentare a pericolelor reprezentate de consumul de droguri, traficul de persoane și corupția, precum și a implicațiilor nefaste ale acestora pentru societate;

- acțiuni de prevenire pe care să le efectueze forțele de ordine în zonele și mediile cunoscute ca infractogene, în vederea descurajării comiterii de infracțiuni și de fapte antisociale;

- acțiuni combinate de investigare și cercetare sectorială pe spații de criminalitate urbană sau rurală, pe categorii de fapte sau infracțiuni, împreună cu cercetarea unor rețele internaționale cu ramificații naționale în cooperare cu organisme judiciare similare din străinătate.

Din cele prezentate mai sus, se poate trage concluzia că eficientizarea acțiunii grupurilor operative reprezintă o necesitate dictată de creșterea îngrijorătoare a acțiunii criminalității organizate transnaționale, iar prin întrarea în vigoare a Legii nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție și a Legii nr.508/2004 privind înființarea, organizarea și funcționarea în cadrul Ministerului Public a Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism s-a creat cadrul normativ necesar funcționării echipelor complexe de procurori, polițiști, ofițeri de informații și alți specialiști, consacrandu-se practica anterioară, dar și experiența internațională în această materie.

BIBLIOGRAFIE

- George Bălan - Teză de doctorat „Ministerul Public și politica penală de apărare a securității naționale”.

- Pintilie Ligia – Metode și tehnici de investigare și documentare a infracțiunilor în domeniul crimei organizate, Ed. Sitech, Craiova, 2008.

- Raportul pe anul 2004 al Centrului SECI (South-East European Cooperative Initiative), Editat la București.

CRIMINALITATEA ORGANIZATĂ ÎN OLANDA ȘI BELGIA

Lect. univ. dr. TOMA RUS
Academia de Poliție „Al.I.Cuza”

Potrivit rapoartelor anuale întocmite de Centrul Olandez pentru Cercetare și Informare (C.R.I.), în Olanda se înregistrează, de la an la an, o creștere alarmantă a grupărilor criminale care au în preocupările lor întreaga gamă de activități infracționale compatibile cu crima organizată¹.

Astfel, dacă în anul 1988 erau depistate numai 3 organizații criminale, în 1991 numărul acestora ajunsese la 59, în 1993 la 98, iar în prezent a depășit cu mult cifra de 100².

Organizațiile criminale olandeze sunt structurate într-o manieră profesională proprie, angajate permanent în luptă competițională pentru supremație pe piața subterană, care adesea degenerază în conflicte violente soldate cu morți și răniți.

Profiturile realizate de organizațiile criminale olandeze sunt de ordinul a miliarde de guldeni anual. De exemplu, gruparea "Ekstasy", lichidată în 1992, ajunsese la un profit anual de circa 300 milioane de guldeni.

Dintre activitățile specifice desfășurate de organizațiile criminale olandeze, în rapoartele C.R.I. se menționează:

Traficul de narcotice reprezintă una din formele cele mai active de manifestare a crimei organizate în Olanda. Această țară este în primul rând o mare consumatoare de droguri dar, în același timp, și un tronson de tranzit către alte țări europene, în special Marea Britanie.

Heroina este introdusă în Olanda, în proporție de 85%, de către grupările criminale turcești pe așa-zisa rută balcanică. Cafenelele turcești din Olanda reprezintă adevărate puncte de desfacere en-detail a heroinei.

Cocaina este adusă în Europa de cartelurile columbiene, așa cum am mai arătat, având ca principal punct de debarcare porturile portugheze, de unde se distribuie în toate țările europene, inclusiv în Olanda.

Hașișul și marijuana sunt apanajul grupărilor criminale marocane și pakistaneze, fiind introduse în Europa prin Turcia, Portugalia, Spania, pe mare, pe uscat și chiar cu aeronavele. Numai în anul 1993 autoritățile olandeze au confiscat 75 t matrice de hașiș, din care 38 t proveneau din Maroc, iar 35 t din Pakistan, precum și 19 t marijuana, fără a mai lua în calcul capturile de cannabis și alte substanțe narcotice.

Un fapt îngrijorător pentru autoritățile olandeze îl constituie creșterea tot mai mare a cantităților de droguri tari (cocaina și heroina) ce se introduc în Olanda.

Pe teritoriul olandez se efectuează și schimburi de importante cantități de cocaină pentru heroină, între cartelurile columbiene și grupurile criminale turcești.

Potrivit estimărilor autorităților olandeze, importarea unei tone de hașiș marocan, reprezentând o investiție de 600.000 dolari (acoperind contravaloarea și cheltuielile de

¹ Albu Petru – Teză de doctorat „Crima organizată în perioada de tranziție”, București 2005, pag. 132-134.

² Crima Organizată Transnațională, Fenomen de Destabilizare a Securității Internaționale, op. cit. pag.66.

transport), aduce un profit de circa 1 milion de dolari. În condițiile în care această tonă de hașis se reexporta din Olanda în Marea Britanic, investiția este dublă iar profitul se ridică la 2,5 milioane dolari.

Profiturile realizate din traficul de droguri sunt folosite în diverse scopuri, în raport de interesele grupărilor criminale implicate. Spre exemplu, triadele chinezești și grupurile criminale turcești preferă să repartizeze veniturile realizate pe aceste căi, în timp ce clanurile olandeze și marocane procedează la investiții pe plan local, în proprietăți imobiliare companii de transport sau firme de import-export.

Furtul de autoturisme a luat o amploare deosebită în Olanda în ultimii zece ani, ridicând serioase probleme forțelor de poliție. Numai în anul 1993 au fost furate 33.000 autovehicule, din care 10.000 au fost fabricate de firma "OPEL", ceea ce demonstrează preferința organizațiilor criminale pentru această marcă. De menționat este însă faptul că mai mult de 50% din autoturismele furate sunt găsite abandonate după circa 5 zile de la dispariție, iar din investigațiile efectuate a rezultat că autorii le folosesc pentru satisfacerea unor nevoi de moment.

Există filiere internaționale care scot autoturismele furate din Olanda și le comercializează în alte țări, inclusiv în zona arabă.

Hold-up-urile sau infracțiunile violente, săvârșite cu mâna armată, înregistrează creșteri de la an la an. Acestea vizează de regulă instituțiile financiare, hotelurile, restaurantele sau alte locuri unde se derulează afaceri cu bani cash în cantități mari.

Circa 30% din infracțiunile de acest gen se comit în zona jurisdicțională a Amsterdamului, iar aproximativ 35% în zona Rotterdam - Rijmand. În timp ce numărul acestor infracțiuni crește într-un ritm alert, cazurile de depistare și tragere la răspundere a autorilor sunt în descreștere de la un an la altul. De exemplu, în 1993 au fost soluționate numai 23% din totalul cazurilor de acest gen.

În urma înființării Centrului pentru Raportarea Tranzacțiilor Neobișnuite, s-a descoperit un număr impresionant de afaceri prin care se eludau legile olandeze, prejudiciile fiind de ordinul miliardelor de guldeni. De exemplu, numai în cursul anului 1993 au fost depistate peste 5.000 de tranzacții financiare suspecte, care însumau un total de 2,4 miliarde de guldeni. În peste 50% din cazuri, persoanele implicate aveau deja cazieri judiciare.

Această operațiune este un fenomen larg răspândit în Olanda, încă din 1991, Departamentul Fiscal de Informații și Investigații Olandez estima că la fiecare 9 luni sunt reciclați circa 1 miliard de guldeni, folosindu-se în acest sens toate metodele și mijloacele, inclusiv prin intermediul caselor de schimb valutar.

Infracțiunile computerizate, furtul de impulsuri telefonice, traficul de arme și contrafacerea de monedă, prostituția, jocurile de noroc etc. reprezintă alte surse importante de venituri ilicite pentru organizațiile criminale. Numai într-un singur an, spre exemplu, Compania de telefoane Danish a înregistrat pierderi de peste 2,5 milioane guldeni, ca urmare a unor convorbiri internaționale între Olana și Danemerca, taxate la prețurile practicate pe piața internă și nu la cele prevăzute pentru exterior.

Pentru contracararea activității organelor de poliție, organizațiile criminale olandeze urmăresc îndeaproape "mișcarea" ofițerilor, iar cei care prin acțiunile lor le afectează interesele sunt amenințați sau pur și simplu denigrați prin mass-media, fiind portretizați drept corupți și incorecți în efectuarea cercetărilor.

Crima organizată în Olanda are un puternic caracter internațional. Aici acționează cartelurile columbiene, grupurile criminale marocane, turce, pakistaneze, triadele chinezești, mafiile italiană și rusă etc. Spre deosebire de grupările criminale autohtone, cele străine recurg cu multă ușurință la violență, inclusiv la răfuieli între ele.

Olanda, ca și Portugalia, Spania și Turcia reprezintă centre importante în care își au fiefurile organizațiile criminale, motiv pentru care lor li se impune acordarea unei atenții deosebite din partea forumurilor internaționale implicate în combaterea crimei transnaționale, mai ales având în vedere și posibilele strânse legături între crima organizată și terorismul mondial.

Potrivit datelor obținute de poliția belgiană, pe teritoriul Belgiei acționează, pe lângă organizațiile mafiotice italiene și chinezești, și o serie de bande criminale recent constituite, formate din elemente infractoare provenind din țările est-europene.

Rețelele triadelor chinezești acționează preponderent în domeniul tranzacțiilor cu droguri și al fraudelor financiare, recurgând adesea la folosirea cărților de credit false.

Conflictele de interese ale acestora sunt rezolvate în mod tranșant, prin incendierea localurilor, magazinelor și locuințelor ce aparțin membrilor grupărilor rivale.

La rândul lor, organizațiile mafiotice italiene, ca urmare a numeroaselor arestări operate de poliția din Italia, și-au găsit refugiu în alte țări ale Europei Occidentale, inclusiv în Belgia, unde au creat noi baze de operațiuni.

Banurile criminale est-europene, identificate în Belgia, acționează pentru spălarea banilor murdari proveniți din traficul cu autoturisme furate, traficul de persoane „munca la negru”, etc. Acestea investesc în bunuri imobile, pe care le achiziționează în scopul creării unor puncte de sprijin în Occident¹.

Grupurile de români (rromi) și sârbi s-au specializat în diverse tipuri de furturi, iar între bandele de polonezi din zona Bruxelles au apărut deja conflicte de interese rezolvate prin acțiuni sângeroase.

În Belgia, se disting următoarele forme de manifestare a crimei organizate:

Traficul de persoane pentru străinătate

Recent, organele de poliție belgiene au depistat o rețea africană care se ocupa cu trafic de femei nigeriene și copii orfani și o rețea română, care a înlesnit imigrarea în Belgia a 2.500-3.000 persoane și escrocarea altora care au plătit sumele solicitate, dar nu au ajuns la destinație.

Spălarea banilor murdari

În urma deciziilor privind obligativitatea instituțiilor din sistemul financiar-bancar de a sesiza organele competente în legătură cu tranzacțiile dubioase, a crescut numărul de anchete oficiale care au ca obiect această infracțiune.

Traficul cu hormoni

Date fiind numărul persoanelor implicate, naționalitățile diferite ale acestora, metodele folosite, această infracțiune cu caracter internațional intră în categoria crimei organizate.

În traficul cu hormoni se folosesc din ce în ce mai mult combinațiile denumite „cockteailuri”, ceea ce confirmă supoziția că în această afacere sunt implicate și persoane ce provin din mediul cercetărilor științifice.

¹ Crima Organizată Transnațională, Fenomen de Destabilizare a Securității Internaționale, op. cit. pag.75.

Falsificarea mijloacelor de plată

Falsificarea de monedă a căpătat o amploare deosebită, aceasta înregistrând o creștere îngrijorătoare cu fiecare an. Astfel, în 1993, comparativ cu 1992, numărul bancnotelor falsificate a crescut de șase ori, iar specialiștii în domeniu susțin că aceasta nu reprezintă decât "vârful unui iceberg".

Atacul asupra autocarelor

Acest fenomen, semnalat în special în Bruxelles, îmbracă forma acțiunilor tip "racket", o serie de pasageri ai unor autovehicule fiind tâlhăriți de indivizi înarmați, în timp ce se deplasează pe drumurile publice.

Contrabanda

Grupurile criminale implicate în comiterea acestui gen de infracțiuni sunt alcătuite din persoane aparținând unor etnii diferite, având o structură organizatorică bine conturată.

Specialiștii belgieni în domeniu apreciază că, în viitor, datorită câștigului relativ facil pe care îl oferă, operațiunile de contrabandă vor lua amploare.

Traficul de droguri

Agențiile specializate de poliție nord-americane și germane au atras atenția autorităților belgiene cu privire la pericolul pe care îl reprezintă mafia evreiască rusă din Antwerp. Având ca surse de aprovizionare Letonia și Riga, mafia evreiască rusă din Antwerp comercializează toate tipurile de narcotice și este implicată în transportul metylene-dioxy-amfetaminei (M.D.A.) pe ruta Letonia - țările Beneluxului. Sindicatul mafiot evreiesc din Antwerp este implicat și în traficul cu metale prețioase și bunuri de contrabandă.

Triadele chinezești din Antwerp se ocupă, la rândul lor, cu traficul de heroină și cocaină pe ruta Amsterdam-Paris. Arestarea lui Fung Lai Fat, zis "ANDI", șeful unei bande mafioate chineze din Antwerp, a constituit o dovadă concludentă a implicării triadelor chinezești în traficul de droguri ce se practică în Belgia¹.

BIBLIOGRAFIE

- Albu Petru – Teză de doctorat „Crima organizată în perioada de tranziție”, București 20
- Pintilie Ligia – Metode și tehnici de investigare și documentare a infracțiunilor în domeniul crimei organizate, Ed. Sitech, Craiova, 2008.

¹ Albu Petru – op.cit.pag.142.

IMPLEMENTAREA STRATEGIILOR SI POLITICILOR IN DOMENIUL RELATIILOR DE MUNCA

Lect. univ. dr. GEORGETA MODIGA
Universitatea « Danubius » Galați

Abstract: Globalization of the economy, change in labor market, rapid technological and social change, increased demands of civil society, are challenges that states government is forced to face by increasing efficiency and effectiveness of activities, improving adaptability and innovation, mastery diversity issues, calling the appropriate alternatives.

Social integration was not straight and if we should do a review of "Community of the past" in the social field should emphasize the initial Institutional failure. Only in 1972, meeting in Paris, the Heads of State or Government of the European Community agreed to acknowledge the social dimension and the European construction. There was the clear need to materialize the idea that Europe is more than the common market and the removal of customs barriers.

Keywords: employment, sectoral strategy, rules of law, acquis communautaire

1) Descrierea situației actuale

În ultimii ani, în vederea îndeplinirii angajamentelor și în scopul eliminării deficiențelor semnalate în Raportul de monitorizare al Comisiei Europene, Ministerul Muncii Solidarității Sociale și Familiei a întreprins o serie de măsuri concretizate pe de o parte în modificări ale legislației existente, precum și în transpunerea acquis-ului comunitar.

În acest context, este de menționat faptul că în anul 2003 a fost adoptat un nou Cod al Muncii – Legea 53/2003 care pune de acord în mod principial relațiile de muncă cu valorile statului de drept, cu democratizarea dialogului social, precum și cu standardele normative europene și care reflectă omogenitatea reglementării instituțiilor dreptului muncii, prin promovarea valorilor libertății, democrației și competiției pe piața muncii.

Din practică, în urma aplicării prevederilor acestui act normativ, a rezultat necesitatea modificării Codul muncii, precum și adoptarea unor acte normative relevante în domeniul relațiilor de muncă, referitoare la **constituirea, organizarea și funcționarea Comitetului european de întreprindere, protecția drepturilor salariaților în cazul transferului întreprinderii, al unității sau al unor părți ale acestora, detașarea salariaților în cadrul prestării de servicii transnaționale; limitarea timpului de muncă pentru personalul aeronautic civil navigant și stabilirea unor drepturi ale acestuia.**

În domeniul securității și sănătății în muncă, transpunerea acquis-ului comunitar s-a efectuat, în două etape: prin adoptarea proiectului Legii securității și sănătății în muncă, nr.319/2006 și prin adoptarea a 19 hotărâri de Guvern care transpun directivele specifice din acest domeniu.

Legea reglementează în principal, obligațiile **angajatorilor** (stabilirea și aplicarea măsurilor, pentru protecția lucrătorilor, pe baza principiilor generale de prevenire, luarea măsurilor pentru ca lucrătorii și/sau reprezentanții acestora să primească toate informațiile necesare privind riscurile la care sunt supuși, consultarea în anumite probleme și

participarea la discutarea aspectelor referitoare la securitatea și sănătatea lor la locul de muncă) și principalele obligații ale **lucrătorilor** (răspunderea de a avea grijă de sănătatea și securitatea proprie și a celorlalți participanți la procesul de muncă, precum și de a respecta instrucțiunile date de propriul angajator).

Hotărârile de Guvern care transpun directivele specifice din domeniul securității și sănătății în muncă, reglementează: cerințele minime de securitate și sănătate referitoare la expunerea lucrătorilor la riscurile generate de **azbest, vibrații, șantierele temporare și mobile, zgomot, utilizarea echipamentelor cu ecran de vizualizare, manipularea manuală a maselor, atmosfere explozive, agenți chimici, agenți biologici, agenți cancerigeni sau mutageni, câmpuri electromagnetice, echipamentelor de muncă**, precum și cerințele minime de securitate și/sau sănătate privind **semnalizarea**, cele referitoare la **asistența medicală la bordul navelor**, pentru utilizarea de către lucrători a **echipamentelor individuale de protecție** la locul de muncă, cerințele minime pentru asigurarea securității și sănătății lucrătorilor din **industria extractivă de suprafață și subteran** și din industria extractivă prin **foraj**, cerințele de securitate și sănătate pentru **locul de muncă** și cele necesare la **bordul navelor de pescuit**.

O altă componentă a activității MMFPS în scopul asigurării securității și sănătății în muncă este evaluarea conformității produselor, reglementată de **Legea nr. 608/2001 a evaluării conformității produselor**, republicată, de **Hotărârea de Guvern nr. 71/2002 pentru aprobarea Normelor metodologice privind modulele utilizate în diferite faze ale procedurilor de evaluare a conformității produselor din domeniile reglementate prevăzute în Legea nr. 608/2001 și a regulilor de aplicare și utilizare a marcajului european de conformitate CE**, republicată, de **Hotărârea de Guvern nr. 487/2002 pentru aprobarea Normelor metodologice privind desemnarea laboratoarelor de încercări precum și a organismelor de certificare și de inspecție care realizează evaluarea conformității produselor din domeniile reglementate prevăzute de Legea nr. 608/2001**, republicată, și de **Hotărârea de Guvern nr. 891/2004 privind stabilirea unor măsuri de supraveghere a pieței produselor reglementate prevăzute în Legea nr. 608/2001**, republicată.

În temeiul acestor acte normative care au fost elaborate de Ministerul Economiei și Comerțului, Ministerul Muncii și-a elaborat legislația din domeniul său de competență, care transpune directivele corespondente referitoare la: mașini, echipamente individuale de protecție, explozivi de uz civil și echipamente și sisteme protectoare destinate utilizării în atmosfere potențial explozive (directiva ATEX). Calitatea de autoritate competentă induce obligații financiare în ceea ce privește adoptarea reglementărilor tehnice necesare aplicării legislației din domeniul liberei circulații a mărfurilor (standarde europene armonizate) și cele necesare supravegherii pieței acestor produse.

De asemenea, au fost intensificate activitățile de aliniere la prevederile legislației din domeniul securității și sănătății în muncă, precum și acțiunile de control în domeniul evaluării conformității produselor și supravegherii pieței, în primul rând pentru libera circulație a produselor din domeniul de competență al Ministerului Muncii, Familiei și Protecției Sociale dar și pentru alte autorități competente. Totodată, au fost efectuate campanii de control privind combaterea muncii nedeclarate, eliminarea muncii copilului, depistarea cazurilor de discriminare pe criteriul de sex, etc.

În ceea ce privește **dialogul social** instituționalizat tripartit, așa cum am menționat acesta se desfășoară, în principal, pe următoarele **paliere**: Consiliul Economic și Social,

Comisiile de dialog social sectoriale și Comisiile de dialog social din plan teritorial constituite la nivelul județelor.

Din analiza derulării tuturor formelor de dialog social tripartit se evidențiază o serie de deficiențe din care menționăm:

- ☐ reprezentativitatea neconfirmată a partenerilor sociali mai ales pe parte patronală;
- ☐ capacitatea redusă de expertiză a reprezentaților partenerilor sociali în cadrul dezbaterii unor proiecte de acte normative;
- ☐ nivelul ridicat de dispersie a organizațiilor patronale la nivel național;
- ☐ carențe ale sistemului legislativ într-o serie de aspecte de interes pentru dialogul social cum ar fi: Legea nr. 130/1996, republicată, a contractului colectiv de muncă, Legea nr. 109/1997, cu modificările și completările ulterioare privind organizarea și funcționarea CES - ului, Legea nr. 54/2003 – legea sindicatelor, H.G. nr. 314/2001 privind înființarea, organizarea și funcționarea comisiilor de dialog social în cadrul unor ministere și al prefecturilor cu modificările și completările ulterioare.

În prezent, a fost elaborat și se află în procedură parlamentară, proiectul de Lege pentru modificarea și completarea **Legii patronatelor nr.356/2001**. Modificările propuse vizează creșterea numărului de contracte colective de muncă încheiate la nivel sectorial precum și creșterea capacității organizațiilor patronale de a participa eficient în structurile dialogului social prin stimularea constituirii organizațiilor patronale pe principiul domeniului de activitate.

Rectificarea disfuncțiilor din actele normative enumerate (de mică sau mare amploare) presupune o procedură de consultare a partenerilor sociali ce va face obiectul activității în perioada următoare.

Referitor la **politicile salariale** menționăm că MMFPS asigură reglementarea cadrului legal privind majorările salariale pentru personalul bugetar, salarizarea personalului din sectorul concurențial și stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată.

Salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată se stabilește anual, în urma consultărilor cu partenerii sociali, la propunerea MMFPS, prin hotărâre de Guvern.

Prin Hotărârea Guvernului nr. 1825/2006 a fost stabilit **salariul minim brut pe țară garantat în plată pentru anul 2007** la valoarea de 390 lei lunar, ceea ce reprezintă o creștere de cca. 39,3% față de luna decembrie 2004, urmând ca prin diferența stabilită în anul 2008 acesta să atingă cel puțin nivelul de creștere prevăzut în Programul de Guvernare 2005-2008 (60%).

În prezent, prin diverse acte normative, nivelurile unor prestații sociale se stabilesc având ca bază nivelul salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, fapt ce a condus ca în fiecare an, cu ocazia stabilirii salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, să se ridice problema impactului direct asupra cheltuielilor bugetare ale acestor prestații. Acest aspect a condus la o creștere mai limitată a salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, lucru pe care MMFPS dorește să îl remedieze în perioada ce urmează.

Necesitatea reformei este impusa de patru categorii principale de motive:

- **Motive economice:** creșterea economica redusă și diminuarea resurselor bugetare alocate administrației publice; nevoia sectorului privat de a avea o administrație modernă, și deschisa parteneriatului public-privat;
- **Motive tehnologice:** introducerea tehnologiei informațiilor și a comunicațiilor

- **Motive sociologice:** cetățenii, ca beneficiari ai serviciilor publice, sunt tot mai exigenți și nu mai acceptă ca necesitățile lor să fie determinate în mod exclusiv de ceea ce le oferă administrațiile;

- **Motive instituționale:** integrarea României în structurile Uniunii Europene implica un alt mod de administrare a serviciilor; structura puternic ierarhizată lasă locul unor noi tipuri organizatorice bazate pe structuri descentralizate

Aplicarea Strategiei sectoriale a creat premisele realizării reformei instituționale proiectate până la data integrării României în Uniunea Europeană și a continuat cu implementarea tuturor măsurilor propuse în cadrul celor **3 mari obiective prevăzute în Programul de Guvernare**. Pentru realizarea obiectivelor propuse a fost necesară crearea Unității Centrale pentru Reforma Administrației Publice (UCRAP), instituție adecvată realităților românești și compatibilă cu instituțiile similare din țările membre ale Uniunii Europene și adoptarea de către Guvern a Memorandumului nr. 8092/2005 „Evaluarea Stadiului Implementării Strategiei Guvernului României” privind accelerarea reformei administrației publice.

Exprimat în euro, câștigul salarial mediu brut în anul 2005 a fost de 267 euro, iar în anul 2006 a fost de 326 euro în creștere față de anul 2004 când se situa la nivelul de 202 euro.

La sfârșitul anului 2006 câștigul salarial mediu net a fost de 1099 lei ceea ce înseamnă 322 euro față de 177 euro în decembrie 2004. Salariul real s-a majorat în anul 2005 cu 14,3% și cu 9,6% în anul 2006, ceea ce înseamnă pe doi ani o creștere a puterii de cumpărare cu 25,3%.

De asemenea, menționăm că în sectorul bugetar personalul contractual reprezintă cca. 900.000 persoane, dispersate în mai multe sectoare de activitate: autoritatea legislativă, administrație publică centrală și locală, autoritatea judecătorească, învățământ, sănătate, cultură, cercetare, apărare națională, ordine publică și siguranță națională.

Pentru salarizarea personalului respectiv se aplică o multitudine de acte normative, generată, atât de cauze obiective, respectiv specificul domeniului de activitate, cât și din cauze subiective, respectiv solicitări de majorări salariale numai pentru o anumită categorie de personal.

Potrivit prevederilor actelor normative de salarizare a personalului contractual, evoluția acestora este legată de vechimea în activitatea respectivă, fără a se evidenția performanță profesională.

Ca modalitate de stabilire a salariilor de bază, se aplică sisteme diferite: valoare de referință sectorială și coeficienți de multiplicare; valori punctuale pentru o limită minimă și o limită maximă; o singură valoare corespunzătoare funcției.

Utilizarea acestor sisteme a condus la peste 400 niveluri de salarizare, care îngreunează stabilirea unei ierarhizări corespunzătoare, între funcții și domenii de activitate.

În acest sens, se urmărește simplificarea actualului sistem de salarizare și stabilirea pentru personalul contractual din sectorul bugetar a unei noi ierarhii a funcțiilor între domenii de activitate și apoi în interiorul fiecărui domeniu, prin elaborarea unui proiect de lege privind **salarizarea personalului contractual din sectorul bugetar** în funcție de calitatea și performanța activității.

Proiectul de lege urmează să respecte unele condiționalități rezultate din Programul de Guvernare 2005-2008 și din necesitatea menținerii echilibrelor macroeconomice.

2) Obiective și măsuri de implementare

□ Alinierea legislației în domeniul relațiilor de muncă la normele comunitare și asigurarea respectării acestora și combaterea muncii nedeclarate;

- Adaptarea permanentă și rapidă a legislației în domeniul muncii la schimbările impuse de calitatea României de stat membru al UE, precum și de implicațiile adaptării permanente la evoluția pieței muncii.

- Întărirea capacității administrative în controlul respectării legislației muncii și creșterea conștientizării sociale cu privire la consecințele negative ale practicii muncii nedeclarate, prin:

□ Realizarea unor campanii de informare și stopare a muncii fără forme legale, pentru evidențierea efectelor negative ale muncii la negru;

□ Perfecționarea profesională a inspectorilor de muncă în cadrul programului „Dezvoltarea competențelor manageriale în domeniul relațiilor de muncă”.

□ Dezvoltarea unui dialog social tripartit eficient

- Îmbunătățirea calității dialogului social, prin:

□ Demararea consultărilor cu partenerii sociali în vederea implicării acestora în parteneriate vizând implementarea acquis-ului precum și a principiilor promovate de Strategia Lisabona ;

□ Constituirea unei baze de date a organizațiilor sindicale și patronale din România.

□ Intensificarea participării reprezentanților MMFPS la activitățile și acțiunile organizate de partenerii sociali;

□ Organizarea și monitorizarea ședințelor de comisie de dialog social la nivelul ministerului precum și acordarea de asistență tehnică de specialitate la solicitarea partenerilor sociali, altor organizații ale societății civile precum și instituțiilor cu interes în domeniu.

- Simplificarea actualului sistem de salarizare a personalului bugetar, prin:

□ Elaborarea unui proiect de Lege privind salarizarea personalului contractual din sectorul bugetar în funcție de calitatea și performanța activității care își propune să aibă la baza criterii de diferențiere și de corelare a salariilor între funcții și domenii de activitate bugetară, ținând seama de nivelul studiilor, de competență, de performanță în activitatea desfășurată, de responsabilitatea în exercitarea funcției etc.;

□ Creșterea treptată a salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată, astfel încât pe termen lung acesta să reprezinte circa 50% din câștigul salarial mediu brut.

În perioada următoare Guvernul și-a propus îmbunătățirea raportului dintre salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată și câștigul salarial mediu brut, astfel încât acest raport să se încadreze în limitele regăsite în țările Uniunii Europene. Acest fapt necesită ruperea unor legături, stabilite în prezent prin acte normative, între nivelul unor prestații sociale și salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată, care să permită o evoluție distinctă a acestuia, fără a produce influențe majore asupra bugetului general consolidat.

2.1. Rolul instituțiilor în realizarea obiectivelor din domeniul relațiilor de muncă

În îndeplinirea obiectivelor propuse, prin structurile sale centrale și locale, Inspekția Muncii controlează aplicarea prevederilor legale referitoare la relațiile de muncă, la securitatea și sănătatea în muncă, la protecția salariaților care lucrează în condiții deosebite

și a prevederilor legale referitoare la asigurările sociale, îndeplinind și alte atribuții, potrivit legii, cum ar fi:

- informarea autorităților competente despre deficiențele legate de aplicarea corectă a dispozițiilor legale în vigoare;
- furnizarea de informații celor interesați despre cele mai eficace mijloace de respectare a legislației muncii;
- asistarea tehnică a angajatorilor și angajaților, pentru prevenirea riscurilor profesionale și a conflictelor sociale.¹

De asemenea, trebuie să menționăm că, în vederea stimulării ocupării forței de muncă și creșterii gradului de ocupare a forței de muncă, **ANOFM:**

- asigură implementarea politicilor de ocupare a forței de muncă elaborate de MMFPS, pentru alinierea la Strategia europeană de ocupare a forței de muncă, organizează servicii de ocupare a forței de muncă,
- orientează persoanele neîncadrate în muncă și mediază între acestea și angajatori;
- organizează, furnizează și finanțează servicii de prevenire a șomajului și de stimulare a ocupării forței de muncă;
- urmărește și asigură aplicarea unitară a legislației din domeniul său de competență;

Direcțiile de muncă și protecție socială asigură asistență în vederea aplicării corecte a legislației în domeniul salarizării, încheierii contractelor colective de muncă și medierea conflictelor de muncă.

În acest sens, prin **compartimente specializate:**

- sprijină negocierea contractelor colective de muncă, înregistrează și organizează evidența acestora;
- exercită concilierea și arbitrajul în conflictele de interese;
- participă ca mediator abilitat la negocierile salariale;
- îndrumă și sprijină aplicarea unitară a legislației referitoare la încheierea, executarea, modificarea, suspendarea și încetarea contractului colectiv de muncă, contractului individual de muncă, timpului de muncă și odihnă, disciplina muncii, răspunderea disciplinară și răspunderea materială, carnetul de muncă, condițiile de valabilitate a actelor de dovedire a vechimii în muncă, precum și alte drepturi de personal;
- soluționează problemele ridicate de către salariați, cetățeni și agenți economici;
- urmărește respectarea salariului minim, la înregistrarea contractelor colective de muncă la nivel de angajator.

Institutul Național de Cercetare - Dezvoltare pentru Protecția Muncii "Alexandru DARABONT"(INCDPM):

- Cercetare - dezvoltare în domeniul protecției muncii privind: prevenirea și combaterea riscurilor prezente la locul de muncă (riscuri chimice, mecanice, electrice, zgomot și vibrații, etc.);
- Fundamentează științific sistemul național de reglementari în domeniul securității și sănătății în muncă/protecției muncii, armonizat cu cel din Uniunea Europeană.
- Oferă servicii de asistență tehnică, expertizarea locurilor de muncă și consultanță;
- Fundamentează și desfășoară și activități de instruire, perfecționare și formare profesională în domeniul securității și sănătății în muncă.

¹ MINISTERUL MUNCII, FAMILIEI ȘI EGALITĂȚII DE ȘANSE - PLANUL STRATEGIC INSTITUȚIONAL 2007-2009 - Componenta de management pag 23.

2.2. Legislația muncii - Lista actelor normative relevante

1. Legea 53 din 24 ianuarie 2003 - Codul muncii

2. **Legea nr. 130/1999** privind unele măsuri de protecție a persoanelor încadrate în muncă, republicată;

3. **Hotărârea de Guvern nr. 250/1992** privind concediul de odihnă și alte concedii ale salariaților din administrația publică, din regiile autonome cu specific deosebit și din unitățile bugetare, republicată;

4. **Hotărârea de Guvern nr.938/2004** privind condițiile de înființare și funcționare, precum și procedura de autorizare a agentului de muncă temporară;

5. **Legea nr. 200/2006** privind constituirea și utilizarea Fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale;

6. **Legea nr. 344/2006** privind detașarea salariaților în cadrul prestării de servicii transnaționale;

7. **Legea nr. 67/2006** privind protecția drepturilor salariaților în cazul transferului întreprinderii, al unității sau al unor părți ale acestora;

8. **Hotărârea Guvernului nr. 161/2006** privind întocmirea și completarea registrului general de evidență a salariaților;

9. Decretul nr. 92/1976 privind carnetul de muncă;

10. **Legea nr. 202/2002** privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, republicată;

11. **Legea nr. 279/2005** privind ucenicia la locul de muncă;

12. **Ordonanța de Urgență nr.96/2003** privind protecția maternității la locul de muncă;

13. **Ordonanța nr. 2/2001** privind regimul juridic al contravențiilor.

Salarizare:

1. **Hotărârea de Guvern nr. 1825/2006** pentru stabilirea salariului de baza minim brut pe tara garantat în plata.

2. **Ordonanța Guvernului nr. 6/2007** privind unele măsuri de reglementare a drepturilor salariale și a altor drepturi ale funcționarilor publici până la intrarea în vigoare a legii privind sistemul unitar de salarizare și alte drepturi ale funcționarilor publici, precum și creșterile salariale care se acordă funcționarilor publici în anul 2007;

3. **Ordonanța Guvernului nr. 10/2007** privind creșterile salariale ce se vor acorda în anul 2007 personalului bugetar salarizat potrivit Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 24/2000 privind sistemul de stabilire a salariilor de bază pentru personalul contractual din sectorul bugetar și personalului salarizat potrivit anexelor nr. II și III la Legea nr. 154/1998 privind sistemul de stabilire a salariilor de bază în sectorul bugetar și a indemnizațiilor pentru persoane care ocupă funcții de demnitate publică.

Mobilitate forță de muncă, egalitate de șanse între femei și bărbați:

1. **Legea nr. 156/2000** privind protecția cetățenilor români care lucrează în străinătate, modificată și completată;

2. **Legea nr.202/2002** privind egalitatea de șanse între femei și bărbați, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

Dialog social:

1. **Legea nr. 356/2001** – legea patronatelor;

2. **Legea nr. 54/2003** – legea sindicatelor;

3. **Legea nr. 467/2006** – privind stabilirea cadrului general privind informarea și consultarea angajaților;

4. **Legea nr. 168/1999** privind soluționarea conflictelor de muncă;
5. **Legea nr. 217/2005** privind constituirea, organizarea și funcționarea comitetului european de întreprindere;
6. **Legea nr. 109/1997** privind organizarea și funcționarea CES, cu modificările și completările ulterioare;
7. **Hotărârea Guvernului nr. 187/2007** privind procedurile de informare, consultare și alte modalități de implicare a angajaților în activitatea societății europene;
8. **Hotărârea Guvernului nr. 188/2007** privind procedurile de informare, consultare și alte modalități de implicare a angajaților în activitatea societății cooperative europene;
9. **Hotărârea Guvernului nr. 314/2001**, cu modificările și completările ulterioare privind înființarea, organizarea și funcționarea comisiilor de dialog social în cadrul unor ministere și al prefecturilor.

Securitate și sănătate în muncă:

1. **Legea securității și sănătății în muncă nr.319/2006 (în temeiul acestei legi au fost elaborate 19 hotărâri de Guvern);**
2. **Hotărârea Guvernului nr.1425/2006** privind aprobarea Normelor metodologice pentru aplicarea Legii securității și sănătății în muncă nr.319/2006
3. **Cele 19 hotărâri de guvern** care transpun directivele specifice din domeniul securității și sănătății în muncă;
4. **Hotărârea Guvernului nr. 115/2004** privind stabilirea cerințelor esențiale de securitate ale echipamentelor individuale de protecție și a condițiilor pentru introducerea lor pe piață, cu modificările și completările ulterioare;
5. **Hotărârea Guvernului nr.207/2005** privind stabilirea cerințelor esențiale ale explozivilor de uz civil și a condițiilor pentru introducerea lor pe piață;
6. **Hotărârea Guvernului nr. 752/2004** privind stabilirea condițiilor pentru introducerea pe piață a echipamentelor și sistemelor protectoare destinate utilizării în atmosfere potențial explosive, cu modificările și completările ulterioare;
7. **Hotărârea Guvernului nr.119/2004** privind stabilirea condițiilor pentru introducerea pe piață a mașinilor industriale.

În actuala perioadă de tranziție anevoioasă și lentă, România este un exemplu clar a ceea ce se poate numi cercul vicios al resurselor de muncă. Reformele angajate în diverse sectoare (economie, educație, sănătate, ocupare, sistemul politic, administrație) nu pot fi duse până la capăt fără resursele de muncă adecvate.

Încetinirea sau amânarea reformelor economice împiedică generarea de resurse materiale și financiare necesare pentru investiția în resursele de muncă. Din limitarea reciprocă a capitalului uman și a capitalului fizic, ambele în declin, poate rezulta o situație periculoasă de stagnare și blocare a capacității de dezvoltare socială.

Pentru a ieși din "cercul vicios al resurselor de muncă" a cărui perpetuare risca să producă o tranziție nesfârșită, este necesară o politică globală care să reconsidere rolul resurselor de muncă în ansamblul reformelor. Aceasta politică trebuie să plece de la două premise:

- resursele de muncă trebuie într-adevăr să devină o prioritate națională, dincolo de măsurile cosmetice, de managementul reactiv sau de declarațiile retorice inspirate de oportunism politic;
- realizarea concretă a acestei priorități nu se poate face decât printr-o reprezentare clară a obiectivelor și o politică realistă având la bază consensul și dialogul social.

Simpla schițare a problemelor cu care se confruntă domeniul resurselor de munca ca urmare a impactului negativ al costurilor ridicate ale reformei economice indică discrepanța existentă între orizontul urgențelor și orizontul perspectivelor, între măsurile care trebuie luate pentru preîntâmpinarea erodării și subutilizării resurselor de munca și necesitatea dezvoltării acestora într-o structură de cunoștințe, competențe și atitudini corespunzătoare noilor cerințe economico-sociale. În acest sens, este necesar ca politicile în domeniul resurselor de munca să îmbine politicile sociale de protecție a capitalului uman. În această perspectivă, sunt necesare:

- continuarea reformei și încurajarea evoluțiilor economice;
- crearea unui mediu economic favorabil dezvoltării muncii;
- susținerea dezvoltării muncii a grupurilor vulnerabile;
- consolidarea cadrului instituțional și legislativ al dezvoltării muncii;
- realizarea unei protecții sociale active pentru persoane disponibilizate și aflate în șomaj;
- dezvoltarea de programe compensatorii ("a doua șansă") pentru populația defavorizată.

Măsurile de politică macroeconomică întreprinse în anul 2000, au stopat declinul economic început în anul 1997 și au asigurat o creștere a produsului intern brut, în condițiile revigorării procesului investițional și a exportului. Totuși, procesul de reformă nu a avut ritmul dorit, ceea ce a determinat persistența unor dezechilibre macroeconomice reflectate în evoluția structurală a unor indicatori și, mai ales, în evoluția eficienței la nivel macroeconomic.¹

Începând cu anul 2001, s-a adoptat o viziune pragmatică, deschisă spre economia reală. Relansarea creșterii economice a devenit o prioritate a politicii macroeconomice, pornindu-se de la importanța sa, atât pentru asigurarea condițiilor de realizare a criteriilor de aderare la UE, cât și pentru creșterea nivelului de trai.

Politica de ocupare a U.E. este parte integrantă din ansamblul de politici complementare care au evoluat continuu odată cu modelele de dezvoltare socio-economică.

Tratatul de la Roma din anul 1957 avea poate primele prevederi privind libertatea de mișcare a muncitorilor, egalitatea privind plata drepturilor salariale, iar dintre instrumentele create, Fondul European Social este primul care își propune să ofere sprijin pentru realizarea politicii sociale și de ocupare a forței de muncă. Putem observa cum evoluția dezvoltării statelor membre a parcurs mai multe etape de maturizare a conceptelor și modelelor până la crearea modelului numit **model social european**.

Acest model a rezultat după ce au fost făcute mai multe încercări care s-au concentrat fi e pe, creștere economică, fi e pe protecție socială (de revizuit fraza).

Schimbările care au survenit în statele membre după așa numita « epocă de aur » care a cuprins perioada 1945-1970 și care a fost caracterizată de o creștere a cererii forței de muncă a afectat interesul economic general. Pentru satisfacerea acestei nevoi au fost atrase

¹ Politica privind piața muncii și ocuparea forței de munca - Lucrarea de față a fost elaborată în cadrul proiectului Phare RO-2002/000-586.03.01.04.02 – "Formare inițială în afaceri europene pentru funcționarii publici din administrația publică centrală" implementat de Institutul European din România în colaborare cu EUROMED – Euro Mediterranean Networks din Belgia în anul 2005. Lucrarea face parte din Seria Micromonografii - Politici Europene. 2005, Institutul European din România - Tipărit la MasterPrint Super Offset, p. 2-35.

pe piața muncii noi categorii: femei, tineri, străini. Dar această epocă ia sfârșit odată cu modificarea majoră a sistemului monetar dar și a șocului petrolului care determină reducerea activităților din diferite sectoare.

Cu acest prilej intră în scenă « modelul scandinav » de protecție socială pentru cei care își pierd locurile de muncă ca urmare a creșterii șomajului de lungă durată precum și a reducerii numărului de noi locuri de muncă.

Rolul statului în domeniul politicii de ocupare a forței de muncă sporește pe durată relativ mare, circa 15 ani. Sunt introduse astfel măsuri active de stimulare a celor care păstrează sau creează locuri de muncă în perioadele de recesiune precum și o serie de măsuri mai puțin dure cum ar fi închiderea treptată a unor sectoare datorită creșterii îngrijorătoare a șomajului în anumite regiuni mono-industriale, miniere cel mai frecvent. Din acest proces de « ajustare » cei care au avut cel mai mult de suferit au fost ultimii intrați pe piața muncii, femeile, străinii.

În urma creării **pieței unice** ca urmare a **Actului Unic European** din anul 1986 au fost făcuți pașii spre asigurarea sănătății la locul de muncă, rezolvării și prevenirii pericolelor pe care le produc anumite substanțe utilizate la locul de muncă. Cel mai greu a fost de realizat un echilibru între dezvoltarea economică ca « motor » al acesteia și politica socială și de ocupare a forței de muncă.

Momente cheie în domeniul politicii de ocupare a forței de muncă

Dacă între anul 1957 și 1971 instrumentul utilizat a fost Fondul Social European (Fondul Social European), ulterior apar și alte acte normative, strategii, programe și instrumente care își pun amprenta asupra direcției dezvoltării acestei politici. Construcția modelului social european a fost marcată astfel de evenimente care au contribuit la definirea și apoi dezvoltarea unei politici sociale și de ocupare europene, a strategiilor adecvate, a unor noi instrumente și parteneriate pentru atingerea obiectivelor acestora.

Toate Statele Membre cu excepția Marii Britanii au adoptat în 1989, printr-o declarație, Carta Drepturilor Sociale Fundamentale ale Angajaților¹, cunoscută sub numele de **Carta Socială**. Carta constituie un instrument politic care conține «**obligății morale**»² al căror obiect este acela de a garanta că într-o anumită țară sunt respectate anumite drepturi sociale. Acestea se referă în primul rând la piața muncii, formarea profesională, egalitatea șanselor, mediul de lucru.

Carta conține, de asemenea, o cerere explicită adresată Comisiei de a înainta propuneri pentru a transpune conținutul Cartei Sociale în legislație. Carta Socială a fost urmată de **programe de acțiune socială**.

Acordul de Politică Socială

Acordul de Politică Socială este anexat la Protocolul de Politică Socială, anexat la rândul său la Tratatul asupra Uniunii Europene. Semnat de 14 State Membre (mai puțin Marea Britanie), stabilește **obiectivele de politică socială** trasate și în Carta Socială din 1989: promovarea ocupării forței de muncă, îmbunătățirea condițiilor de muncă și viață, combaterea excluderii sociale, dezvoltarea resurselor umane, etc. Acordul de Politică Socială stabilește procedura pentru adoptarea măsurilor de politică socială și recunoaște rolul vital jucat de dialogul dintre conducere și angajații în politică socială. **Carta Verde** din 1993 ce stabilește direcțiile de acțiune și apoi **Carta Albă din 1994** insistă pe rolul

¹ Community Charter of Fundamental rights for Workers

² www.ccir.ro

pregătirii și formării profesionale, în care regăsim două coordonate, una verticală și cealaltă orizontală.

Pe direcția verticală, care trebuie să asigure coeziune economică și socială regăsim politicile active de ocupare, egalitate de șanse, educație și training în meserii, forță de muncă califi cată care să răspundă unor cerințe mereu în schimbare, ce permit accesul femeilor pe piața muncii. În timp ce în plan orizontal este vorba de angajare pe plan local, egalitate de șanse și societatea bazată pe servicii, parteneriate locale care să asigure climatul favorabil spiritului antreprenorial al unor « poli de cunoaștere » care este transferată spre sectoarele noi. Mai multe fonduri sunt astfel activate? În cadrul acestora Fondul de Dezvoltare Regională, Fondurile Structurale cu cele trei obiective specifice sunt cele cunoscute. După alegerea noului guvern laburist în mai 1997, Marea Britanie a anunțat că intenționează să ia parte la politica socială și de ocupare.

Tratatul de la Amsterdam, din anul 1997, a încorporat Acordul de Politică Socială – cu prevederi sporite – în Capitolul Social din Tratatul asupra Comunității Europene. S-a creat o bază legală pentru egalitatea șanselor între femei și bărbați la locul de muncă și se fac precizări legate de măsuri împotriva excluderii sociale. În final, o referire la drepturile fundamentale a dat o nouă dimensiune obiectivelor politicii sociale.

Tratatul de la Maastricht din anul 1992 a avut rolul de a integra Carta Socială în tratatul semnat, cu excepția Marii Britanii, care îl va semna ulterior în cadrul Acordului Social.

Tratatul de la Amsterdam include politica socială și de ocupare realizând pactul necesar pentru stabilitate și creștere economică asigurând echilibrul între integrarea economică și politica de ocupare a forței de muncă. Acesta cuprinde dispoziții ce vizează adâncirea integrării atât prin trecerea în competența Comunității a unor domenii ce erau cuprinse în aria cooperării interguvernamentale cât și prin dezvoltarea politicilor și obiectivelor Uniunii Europene. Sunt cuprinse astfel prevederi referitoare la politica de asigurare a locurilor de muncă și de protecție socială. Conform acestor dispoziții, statele membre vor promova o politică de coordonare a creării de locuri de muncă în vederea dezvoltării capacității de elaborare a unei strategii comune privind nivelul de angajare.

Se urmărește, de asemenea, eliminarea discriminărilor și asigurarea unui tratament optim în ceea ce privește condițiile de muncă și ocupare a posturilor, dezvoltarea politicilor comune în domeniul protecției mediului, al sănătății publice și protecției consumatorilor. Astfel a fost adoptată “Strategia europeană de ocupare a forței de muncă”, prin introducerea în tratat a Titlului VIII. Procesul de coordonare a acțiunilor privitoare la ocuparea forței de muncă în cadrul Uniunii a fost lansat de către Consiliul Europei la Luxemburg în noiembrie 1997 la “Job Summit”.

În funcție de prioritățile identificate, strategia este structurată pe patru piloni, fiecare reprezentând câte un domeniu de acțiune a cărui dezvoltare contribuie la o mai bună ocupare a forței de muncă la nivel comunitar:

- *angajabilitatea* – reprezintă o nouă cultură în sfera ocupării forței de muncă și se referă la adaptabilitatea de a fi angajat, contribuind la combaterea șomajului în rândul tinerilor și la combaterea șomajului pe termen lung;

- *antreprenoriatul* – promovează crearea de noi locuri de muncă prin încurajarea dezvoltării locale;

- *adaptabilitatea* – are în vedere modernizarea organizării muncii și promovarea contractelor de muncă flexibile;

- *asigurarea de șanse egale* – se referă la adoptarea de măsuri speciale pentru ca femeile să aibă parte de aceleași oportunități ca și bărbații.

Metoda pe baza căreia se desfășoară acest proces de coordonare a politicilor de ocupare a forței de muncă este cunoscută ca “metoda deschisă de coordonare”.

La lansarea în 1997, Strategia europeană de ocupare a forței de muncă a avut în vedere ca în următorii cinci ani să se înregistreze progrese simțitoare în combaterea șomajului. Pentru a se verifica acest scop, Strategia a fost evaluată prima dată în anul 2000, pentru ca mai apoi, în anul 2002 să se realizeze o evaluare de impact. Rezultatele acestor evaluări au arătat progrese în direcția creării unui cadru integrat al politicilor naționale, creșterii transparenței politicilor de ocupare și a numărului de factori implicați atât la nivel comunitar cât și la nivelul statelor membre. De asemenea au fost identificate și aspecte sensibile ale politicii de ocupare a forței de muncă și au fost trasate prioritățile perioadei următoare.

BIBLIOGRAFIE

1. Raducan OPREA, *Dreptul Muncii*, Editura Fundației universitare “Dunărea de Jos”- Galați, 2006
2. Alexandru Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, Editura Rosetti, București, 2006
3. Liliana Grigore, *Piața muncii pe plan mondial, Teorii, realități si perspective*, Editura lumina Lex, București, 2000
4. Petre Burloiu, *Managementul resurselor Umane*, ediția a III-a revizuita si adăugita, Editura Lumina Lex, București, 2001
5. Ioan Done, *Salariul si motivatia muncii*, Editura expert, Bucuresti, 2000
6. Negociere la flexibilitate. Le rol des partenaires sociaux et de l’Etat (Etude coordonnée par Muneto Ozaki) Bureu international du Travail – Genève, Première edition, 2000
7. Veronica Zaharia, *Mondializarea si efectele sale sociale*, in “Revista romana de dreptul muncii” nr.2/2005.
8. Mihalcea, R, *Dreptate social-ecologică și egalitate mondială: un nou concept german*, în Revista 22, nr. 31/2002
9. Ana Bal coordinator, Mihaela Luțaș, Octavian Jora, Vladimir Topan Proiect SPOS 2007 – Studii de strategie și politici - Studiul nr. 1 - *Scenarii privind evoluțiile comunitare în domeniul competitivității, politicii de coeziune și politicii de dezvoltare regională; Institutul European din România – Studii de strategie și politici (SPOS 2007)* - București 2007(www.ier.ro)
10. Șerban Beligrădeanu, Ion Traian Ștefănescu, *Repere privind noul Cod al muncii in revista „Dreptul” nr.3/1998*
11. Ion Bucur, in Gheorghe Cretoiu, Viorel Cornescu, Ion Bucur, *Economie*, Editura All Back, bucuresti, 2003
12. Alexandru Țiclea, *Piața Muncii. Noțiuni. Principii. Limite*, in “Revista romana de dreptul muncii ” nr.3/2002
13. Speranța Pîrciog, Vasilica Ciucă, Eugen Blaga *Evolutia ocupatiilor pe piata fortei de munca din România in perspective anului 2010*, București 2006

REFERENDUMUL – ALTERNATIVĂ LA INIȚIATIVA POPULARĂ

Lector Univ. Dr. VOICA ILEANA
Academia de Studii Economice – București

Rezumat: Lucrarea își propune, în principal, să puncteze și să analizeze articolele din Legea de revizuire a Constituției României nr. 429/2003 aprobată prin referendumul național din octombrie 2003, articole prin care este reglementat referendumul.

Instituția referendumului, reglementată sau nu în diverse sisteme de drept sau reglementată diferit, reprezintă instrumentul democrației directe cel mai des utilizat. Referendumul constituie modul cel mai clar și eficient de consultare a voinței populare în probleme majore privind viața politică a țării, dar în condițiile legii.

Termenii referendum și plebiscit au fost deseori analizați în doctrină⁽¹⁾. Ei își au originile în dreptul roman, unde gerunziul verbului referare desemna o procedură prin care întreg corpul electoral (diferit de plebe) era consultat direct cu privire la o temă precisă, conferind astfel legitimitate deciziei adoptate.

Și astăzi, ca și atunci, referendumul era apreciat drept instrumentul – prin excelență – al democrației directe, în care alegătorii își stabileau opinia și adoptau o decizie în mod direct, fără nici un intermediar.

La rândul lui, și termenul plebiscit vine tot din limba latină, unde îmbinarea cuvintelor *plebs* și *scire* a dat naștere unei instituții juridice oarecum diferite, constând în adresarea unei întrebări (*scire*) plebei (cetățenilor fără drept de vot) de către autorități, în scopul aflării opiniei acestora. Aceasta înseamnă că plebiscitul avea doar un rol consultativ, deoarece opinia astfel exprimată putea fi ignorată de adunarea patricienilor și de cea a soldaților.

În zilele noastre, între cele două instituții juridice, diferențele sunt doar de nuanță și de conotație. Cuvântul referendum are astăzi, mai degrabă, o conotație pozitivă, în sensul favorizării unei reale democrații, chiar dacă riscurile abuzului și a transformării sale într-un plebiscit nu sunt minore. Conotația oarecum negativă pe care a căpătat-o termenul plebiscit în zilele noastre este datorată, mai degrabă, unei abuzive sau greșite utilizări, prin care se urmărește confirmarea legitimității autorității care îl inițiază decât o reală consultare democratică a tuturor straturilor societății.

Potrivit art. 1 al Constituției, România este stat național, suveran și independent, unitar și indivizibil.

Caracterul democratic al statului român, potrivit opțiunii poporului, în calitatea sa de deținător suveran al puterii de stat se manifestă prin democrația semi-directă. Această preferință rezultă și din art. 2 al Constituției, care precizează nu doar detentorul puterii de stat, nominalizând exclusiv poporul român, ci și modalitățile prin care acesta poate exercita suveranitatea de stat, și anume fie prin organele sale reprezentative, desemnate pe calea alegerilor libere, periodice și corecte, fie pe calea referendumului.

Art. 2 alin. 1 al Constituției prevede că suveranitatea națională aparține poporului român, care o exercită prin organele sale reprezentative, constituite prin alegeri libere, periodice și corecte, precum și prin referendum.

Așa cum s-a evidențiat în doctrină ⁽²⁾, de aici rezultă că nu poate exista o a treia modalitate prin care puterea de stat să fie exercitată în România, dar și că oricare din cele

două modalități menționate pot fi utilizate cu egală îndreptățire, în condițiile legii, nici referendumul și nici exercitarea puterii prin organe reprezentative neputând fi considerate a avea natură subsidiară una față de cealaltă.

A. Inițiativa populară.

Constituția României a reținut atât referendumul, cât și inițiativa populară ca modalități de facilitare a participării directe a poporului la exercitarea puterii de stat.

Inițiativa populară reprezintă o procedură prin care populația unui stat dă impulsul sau inițiază un proces decizional. Acest început de decizie se poate finaliza tot cu intervenția poporului (referendum) sau printr-o decizie adoptată de autoritățile legale (Parlament).

Constituția României reglementează două forme de inițiativă populară. Este vorba de inițiativa constituțională și de inițiativa legală.

Potrivit inițiativei constituționale, Constituția în vigoare poate fi revizuită ca urmare a inițiativei aparținând unui număr de 500.000 de cetățeni cu drept de vot, repartizați câte cel puțin 20.000 în câte cel puțin jumătate din județele țării (art. 150 din Constituție). Acest tip de inițiativă populară trebuie să fie finalizat tot cu manifestare de voință directă din partea poporului. Art. 151 din Constituție prevede că revizuirea Constituției este definitivă numai după aprobarea ei prin referendum, organizat în cel mult 30 de zile de la adoptarea legii constituționale.

Conform art. 74 alin. 1 din Constituție, inițiativa legislativă aparține, după caz, Guvernului, deputaților, senatorilor sau unui număr de cel puțin 100.000 de cetățeni cu drept de vot. Cetățenii care își manifestă dreptul la inițiativă legislativă trebuie să provină din cel puțin un sfert din județele țării, iar în fiecare din aceste județe, respectiv în municipiul București, trebuie să fie înregistrate cel puțin 5.000 de semnături în sprijinul acestei inițiative.

Iar în alin. 5 al aceluiași art. 74 se arată că propunerile legislative se supun dezbaterii mai întâi Camerei competente să le adopte, ca primă Cameră sesizată.

Caracterul nedecizional al inițiativei populare legislative, justifică alegerea făcută de constituantul român – așa cum s-a arătat în literatura juridică – de a nominaliza expres în textul art. 2 al Constituției doar referendumul ca modalitate de exercitare directă a puterii de stat.

B. Reglementarea referendumului în Constituție.

Referendumul este definit în doctrină drept o procedură de consultare democratică a populației. Consultarea poate fi inițiată de autoritățile statului sau chiar de populația însăși. Ea poate avea doar un caracter informativ – pentru o mai clară exprimare a voinței generale, sau un caracter decizional, care să se impună și autorităților care au solicitat procedura. Deoarece prin referendum, cel mai adesea, poporul apare în calitate de arbitru pentru problemele extrem de importante sau extrem de generale, se consideră că referendumul este, prin excelență, un mod de exercitare directă a puterii de stat.

După criteriul efectelor juridice produse, referendumurile pot fi decizionale, adică produc efecte juridice obligatorii și consultative, adică nu produc efecte juridice obligatorii.

În cadrul referendumului decizional se pot realiza încă două distincții, după criteriul obiectului asupra căruia poate purta decizia luată de popor și după tipul de decizie luată.

Astfel, în funcție de obiectul asupra căruia poartă decizia, se vorbește de referendum constituțional (Germania, Grecia, Portugalia), legal (un drept de veto popular față de legile adoptate de Parlament) sau convențional (cu privire la ratificarea sau definirea poziției

unui stat față de anumite acte de drept internațional). De regulă, referendumul constituțional este și obligatoriu (Franța, Danemarca, România).

După criteriul tipului de decizie adoptată în urma referendumului, cu precădere în cadrul referendumului legislativ, se distinge între referendumul normativ (care tinde la adoptarea unui act normativ) și cel abrogativ (de exemplu, Constituția Italiei a prevăzut posibilitatea abrogării unor acte normative prin decizie populară).

Referendumurile consultative sunt, de regulă, prevăzute la nivel Constituțional (Grecia, Portugalia, România). Uneori ele pot fi utilizate și în absența unei astfel de consacări.

De regulă, referendumul consultativ este și facultativ.

În dreptul comparat, poate fi citat cazul Greciei care a instituit la nivel constituțional un referendum consultativ și facultativ, de tip plebiscitar, asemănător celui prevăzut în art. 90 din Constituția României.

Și Constituția Spaniei cuprinde o prevedere oarecum similară.

Cât despre Franța, art. 11 din Constituția adoptată în 1958 consacră posibilitatea șefului de stat de a cere opinia poporului, dar nu e vorba de o simplă consultare, ci de o adevărată decizie (referendum decizional) pe care poporul francez o ia, în urma unui vot favorabil, președintele Franței fiind obligat să promulge legea adoptată fără nici o participare din partea Parlamentului.

Art. 90 din Constituția României este consacrat referendumului. Astfel, potrivit acestui articol, președintele României, după consultarea Parlamentului, poate cere poporului să-și exprime, prin referendum, voința cu privire la probleme de interes național.

De asemenea, art. 95 din Constituție în alin. 3 face referire la procedura referendumului.

Potrivit art. 95 alin. 1 din Constituția României, în cazul svârșirii unor fapte grave prin care încalcă prevederile Constituției, Președintele României poate fi suspendat din funcție de Camera Deputaților și de Senat în ședință comună, cu votul majorității deputaților și senatorilor, după consultarea Curții Constituționale. Președintele poate da Parlamentului explicații cu privire la faptele ce i se impută.

În alineatul 2 al art. 95 se arată că propunerea de suspendare din funcție poate fi inițiată de cel puțin o treime din numărul deputaților și senatorilor și se aduce, neîntârziat, la cunoștința președintelui.

Conform alin. 3 al aceluiași art 95, dacă propunerea de suspendare din funcție este aprobată, în cel mult 30 de zile se organizează un referendum pentru demiterea președintelui.

Art. 151 din Constituție reglementează procedura de revizuire a Constituției, amintind și de instituția referendumului.

Art. 151 alin. 1 prevede că proiectul sau propunerea de revizuire trebuie adoptată de Camera Deputaților și de Senat, cu o majoritate de cel puțin două treimi din numărul membrilor fiecărei camere.

Art. 151 alin. 2 arată că, dacă prin procedura de mediere nu se ajungela un acord, Camera Deputaților și Senatul, în ședință comună, hotărăsc cu votul a cel puțin trei pătrimi din numărul deputaților și senatorilor.

Alin. 3 al art. 151 din Constituție prevede că revizuirea este definitivă după aprobarea ei prin referendum, organizat în cel mult 30 de zile de la data adoptării proiectului sau a

propunerii de revizuire. Acest tip de referendum are semnificația unei decizii normative a poporului.

NOTE

(1) Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pag. 140,

(2) Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pag. 138.

BIBLIOGRAFIE

1. Constituția României
2. Jean Francois Aubert, *Traite de droit constitutionnel suisse*, vol. I, Editions Ides et Calendes, Neuchatel, 1967
3. Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. II, Ed. C. H. Beck, București, 2009

„COMERȚUL” CU FIINȚE UMANE

ANGHEL STOICA

*doctorand la Academia de Poliție „Al. I. Cuza” București,
specialitatea „Ordine Publică și Siguranță Națională”*

Abstract: In the international context of the moment, Romania – a South-East European country, situated at the confluence of the roads that link the East to the West of the continent, and the Asian South to the North and European West – is included on the “Balkan Route” of illegal migration, fact that influences all main domains of the society, including the state security and the one of it’s own citizens.

One of the major problem of the last decade, at the national and international level, is the trafficking in human beings which is often linked with the illegal immigration, and is constantly growing. Trafficking in human beings it is serious crime which harms the human rights, with deep economical and social immixtures, due to the obscurity mobility and gains of this phenomenon.

(În contextul internațional prezent, România – o țară sud-est europeană, situată la confluența drumurilor ce unesc estul și vestul continentului, și sudul Asiei de Europa de Nord și de Vest – este inclusă în „Ruta balcanică” a imigrării ilegale, fapt ce influențează toate domeniile importante de activitate ale societății, inclusiv securitatea statului și a cetățenilor săi.

Una dintre problemele majore ale ultimei decade, la nivel național și internațional, este traficul de persoane care are adesea legături cu imigrarea ilegală, și este în creștere constantă. Traficul de persoane este un delict grav care încalcă drepturile omului, cu grave consecințe economice și sociale, din cauza obscurității, mobilității și scopurilor acestui fenomen.)

Migrația umană este un fenomen cunoscut din cele mai vechi timpuri. El se manifestă și în prezent și, cu siguranță, se va manifesta și în viitor, evoluția societăților umane având la bază și mobilitatea.

Din punct de vedere juridic, migrarea poate fi o expresie practică a năzuinței firești a omului spre cunoaștere, comunicare și confort, a cărei evoluție a condus în epoca modernă la consacrarea dreptului legitim intitulat „dreptul la liberă circulație” al persoanelor.

La o succintă analiză asupra fenomenului migrației, putem constata că nu este ceva întâmplător sau specific unei anumite perioade ori spațiu geografic. Omenirea a simțit din cele mai vechi timpuri nevoia de mobilitate, de migrație, pentru a exista, a se dezvolta.

În epoca modernă, după constituirea și consolidarea statelor naționale, după instituirea unor norme statale și apoi armonizarea acestora prin convenirea unor reglementări cu caracter internațional, prin convenții și acorduri între state privind stabilirea (determinarea) cetățeniei, regimul circulației transfrontaliere, fenomenul migrației a căpătat caracteristici mai clare și interpretări pertinente.

Unul dintre instrumentele de bază avut la îndemână în controlul migrației pe teritoriul național îl reprezintă cadrul legislativ în domeniu. Acest instrument oferă autorităților suficiente pârghii care să acționeze asupra anumitor factori generatori de migrație sau dimpotrivă, care pot stopa migrația pe anumite segmente. În acest sens, a fost elaborată Strategia Națională privind Migrația, care este permanent adaptată la realitățile prezentului.

Strategia Națională privind Migrația a fost concepută ca mijloc de grupare a tuturor instrumentelor existente la îndemâna autorităților române, care pot fi utilizate în creionarea unei politici naționale eficiente și în controlarea fenomenului migraționist pe teritoriul României.

Controlul admisiei străinilor pe teritoriul național reprezintă o pârghie folosită de autoritățile unui stat pentru protecția cetățenilor proprii și a intereselor naționale, cu respectarea cerințelor dreptului internațional. În acest sens, politica unui stat trebuie să mențină un echilibru între facilitarea admisiei pentru anumite scopuri și cetățenii, pe de o parte, și restricționarea intrării din rațiuni ce privesc ordinea și sănătatea publică, sau dorința de a proteja piața de muncă internă.

Cauzele, formele, sfera și intensitatea de manifestare a fenomenului migraționist au fost foarte diferite atât ca timp, perioadă (antichitate – epoca modernă), cât și în raport cu zona de manifestare (regional sau global).

Sub aspect cauzal, fenomenul migrației are la origine, în primul rând, factori economici, diferențele, uneori discrepante ale dezvoltării dintre state, factorii demografici deosebiți (țările dezvoltate înregistrează o tendință de stagnare a natalității, pe când în țările slab dezvoltate, natalitatea este foarte ridicată), conflictele interetnice armate, catastrofe naturale, cutremure, inundații, secete prelungite, precum și o serie de condiții cu caracter obiectiv sau subiectiv: încălcări flagrante ale drepturilor omului, etc. Relevant este în acest sens cazul unor țări considerate „sărace” cum sunt țările din Africa, unele țări din America de Sud sau Asia, de unde se înregistrează valuri masive de imigrare, populațiile din aceste țările căutând locuri de muncă mai bine plătite, în țările dezvoltate din punct de vedere economic.

Cauzele migrației sunt uneori foametea, sărăcia, șomajul, iar migranții mai recurg și la serviciile unor rețele de traficanți de migranți, din nevoia disperată de a supraviețui, de data aceasta migrația devenind ilegală. Grupările criminale, profitând de disperarea în care se află persoanele care doresc să migreze în căutarea unui trai mai bun, au preluat controlul acestui fenomen, și-au adaptat rapid structura, metodele și mijloacele utilizate la noile realități, au diversificat formele de pregătire a personalului și au asigurat o mai pronunțată conspirativitate rețelilor, membrilor și activităților.

În arsenalul grupărilor infracționale se regăsesc, în diferite proporții, folosirea violenței, șantajul, coruperea oficialităților publice și chiar acțiuni aparent legale, dar care urmăresc scopuri cu caracter delictuos. Grupurile criminale acumulează venituri substanțiale pe care în mod frecvent le folosesc pentru a penetra și controla organismele legale. Corupția creează un climat propice de complicitate, încurajează camuflarea, asigură criminalilor condiții ca să-și atingă scopurile cu mai puține riscuri și subminează instituțiile din chiar interiorul lor. Corupția este un fel de cost de producție pentru serviciile sau înlesnirile ilegale prestate. Prin corupție, arma cea mai teribilă și perfidă, crima organizată urcă spre vârfurile societății, cuprinzând instituții vitale ale statului, sugrumând libertatea și independența acestuia, punând în pericol siguranța sa.

Organizațiile criminale constituite pe teritoriul unei țări își formează, de regulă, legături cu indivizi afaceriști sau chiar grupări din alte țări, dispuse într-o anumită zonă geografică, își internaționalizează acțiunile criminale după anumite strategii bine conturate.

Escrocarea forței de muncă, traficul cu ființe umane (migranți, copii, femei), traficul de droguri, jocurile de noroc, camăta, omorul, răpirea de persoane, șantajul, prostituția, contrabanda, contrafacerea și plasarea mijloacelor de plată false, corupția reprezintă

capitole de bază ale activităților criminale, profiturile fiind canalizate spre alte afaceri legitime, prin sisteme complicate de spălare a banilor.

Crima organizată în multe state constituie „cancerul” perfect care vlăguiește puterea societății, amenință integritatea guvernelor, determină creșterea taxelor ce se adaugă la prețul mărfurilor, periclitează siguranța cetățenilor, agenților economici aflați în competiție, controlează prin forța banului sindicatele, care au o puternică influență politică și economică, prin infiltrarea în diferite afaceri legale.

Migrația ilegală având ca finalitate subiectivă scopul exploatarea persoanei este una din componentele cele mai dinamice ale crimei organizate. Volumul migrației internaționale și în special al celei determinate de cauze economice pe traseul sud-nord a crescut în mod dramatic. Migrația ilegală a devenit la nivel mondial o mare afacere, grupările criminale din domeniu câștigând sume de bani foarte mari, în fapt, ele reprezentând adevărata problemă în ceea ce privește gestionarea migrației.

Grupările criminale au preluat controlul acestui fenomen, au introdus elemente organizatorice noi, dispun de mijloace de falsificare a documentelor și controlează companii de transport maritim, feroviar și rutier, transformând totul într-o industrie extrem de profitabilă. Pe diverse segmente, grupările criminale angajate în traficul cu migranți cooperează și cu alte organizații ilegale, sporind astfel profitul obținut. Migrația ilegală a devenit o afacere de miliarde, grupările criminale din domeniu câștigând sume de bani foarte mari.

Dinamica migrației ilegale și a traficului de persoane a determinat și favorizat specializarea unor persoane în călăuzire prin filiere și rețele de traficanți coordonate de puternice organizații internaționale cu o structură bine pusă la punct.

Sumele mari ce se pot obține din aceste activități, sume care rivalizează cu banii obținuți din traficul cu droguri, reprezintă un factor de risc, deoarece filierele, pentru a nu putea fi penetrate, oferă „servicii complete”, care constau în: documente falsificate, călăuzire, transport, iar plata se face la destinație, pentru ca, în cazul în care un grup este depistat în trecere ilegală a frontierei, să nu divulge date despre traficanți. Fondurile constituite sunt folosite pentru plata membrilor rețelelor, achiziționarea de logistică performantă, inclusiv asigurarea asistenței juridice pentru membrii filierelor descoperiți în scopul obținerii libertății acestora sau aplicarea unor sancțiuni penale cât mai blânde.

De cele mai multe ori dosarul penal constituit pentru cercetarea infracțiunii de trecere ilegală a frontierei este rezolvat *ut singuli*, fără alte cercetări, doar cu privire la fapta migrantului, de aici rezultând sancțiuni aplicate doar celui depistat în trecere ilegală a frontierei, care nu mai depune mărturie despre traficant, de frică sau datorită faptului că nu este inclus în programul de protecție a martorului.

În limbajul cotidian, migrantul este considerat și tratat ca un intrus, de cele mai multe ori neagreat. Suferințele aproape inimaginabile ale migranților ilegali au stârnit interpretări și etichetări bizare în publicațiile occidentale: „oameni ai nimănui, gunoierii metropolelor (occidentale), desperandos, sclavi moderni” (nu numai că desfășoară munci inferioare și prost plătite, dar și cu pericolozitate ridicată). Postura migranților clandestini, de prezență ilegală într-o țară, îi plasează în categoria de virtuali delincvenți (se accentuează tendința suspectării migranților pentru toate relele ce se petrec în societate).

Stările prin care trece migrantul ilegal (dificultăți, încadrare, disfuncționalități în modul de viață) provoacă acestuia o sărăcire a vieții spirituale, fapt resimțit inclusiv în plan religios și cultural. Pentru aceștia, viața e percepută ca fiind brutală, tocmai datorită

rupturii profunde dintre dorințe, trebuințe și posibilități reale de satisfacere a primelor două. În această situație, cei mai mulți sunt mistuiți de sentimentul frustrării.

Virtuțile drepturilor omului reprezintă suportul psihic al migranților, dar de cele mai multe ori din acest ideal se alege cu iluzii deșarte, deplasarea acestora din țara de origine către statul țintă prin alte țări de tranzit devenind o experiență neplăcută, alegându-se cu traume fizice, psihice, unii chiar pierzându-și viața.

Infraacțiunea de trafic de migranți și anume racolarea, îndrumarea sau călăuzirea uneia sau mai multor persoane în scopul trecerii frauduloase a frontierei de stat, precum și organizarea acestor activități, este prevăzută și pedepsită de Ordonanța de Urgență nr. 105 din 27 iunie 2001 privind frontiera de stat a României, prin art. 71 al. 1.

Racolarea poate fi desfășurată în diferite moduri, prin persoane care racolează în mod individual, lucrând prin rețele informale care pot cuprinde membri de familie și prieteni, prin publicitate media sau prin intermediari legali sau semi-legali, inclusiv prin agențiile de recrutare care oferă locuri de muncă, de studiu sau călătorii în străinătate.

Uneori, aceste activități de racolare, îndrumare sau călăuzire peste frontiera de stat, ilegal, sunt de natură a pune în pericol viața sau securitatea migranților ori a-i supune pe acestia unui tratament inuman sau degradant, existînd posibilitatea, inserată de legiuitor în cuprinsul Ordonanței de Urgență nr. 105 din 27 iunie 2001 privind frontiera de stat a României, prin art. 71 al. 3, să aibe ca urmare moartea sau sinuciderea victimei.

Victima potențială ar putea fi recrutată în oricare fază a procesului de migrare.

Persoanele sunt recrutate de traficanți în țara lor de origine și apoi sunt traficate către una sau mai multe țări unde sunt supuse uneia dintre formele de exploatare identificate de Protocolul O.N.U. referitor la trafic. Un alt mod este cel prin care persoanele sunt recrutate în țara lor și mutate într-o altă destinație din cadrul aceleiași țări unde ulterior acestea devin victime ale muncii forțate sau ale altor forme de exploatare.

Migranții care sunt racolați de grupările infracționale își părăsesc țara proprie și intră într-o altă țară, fie legal sau de cele mai multe ori ilegal, traficanții avînd controlul asupra lor. Migranții sunt de cele mai multe ori traficați fie în țara în care tocmai au ajuns, fie într-o altă țară.

Migranți ajung într-o altă țară decât cea de domiciliu unde sunt supuși muncii forțate, banii fiind încasați de membrii grupării de trafic de ființe umane.

Toate aceste scenarii presupun încălcări ale drepturilor omului și ale dreptului la muncă în grade diferite. Conceptul de muncă forțată necesită investigatori care să se concentreze pe constrângerea pe care traficanții o folosesc pentru a înfrînge voința unei persoane. Gradele de constrângere variază mult de la caz la caz, cu unele victime supuse vătămării fizice, în timp ce altele sunt practic inconștiente de faptul că sunt supuse muncii forțate până ce realizează faptul că se profită de statutul lor de migrant pentru a nu fi plătiți.

Traficanții transportă victimele departe de locul lor de origine (fie intern, fie dincolo de frontiere) pentru a le scoate din comunitățile lor, de lângă familiile și prietenii lor, pentru a le izola și a le ține mai ușor sub control. Pe parcursul tranzitării, victimele pot fi vândute de la un traficant la altul, fără ca acestea să știe acest lucru și transportate pe parcursul unor călătorii lungi fără o direcție precisă. Pe parcursul călătoriei, victimele fie nu sunt conștiente de ceea ce le așteaptă la locul de destinație sau deja au fost exploatare de traficant și tocmai au fost mutate într-un alt loc. Aceasta reprezintă una dintre provocările ofițerilor însărcinați cu aplicarea legii de a identifica fie victimele potențiale pentru a împiedica o posibilă infraacțiune fie de a descoperi o infraacțiune care se săvârșește.

Cu privire la originea victimelor traficului, potrivit O.I.M., „în economiile de tranziție din Europa de est și sud-est, exploatarea economică forțată a fost observată printre muncitorii migranți din Transcaucaz și Asia centrală”. Au fost înregistrate și alte rute de trafic. De exemplu, există un număr mare de muncitori chinezi care sunt traficați de rețele criminale sofisticate, cărora li se iau documentele și care sunt forțați să muncească fără plată în restaurante și în alte afaceri prin sistemul de „sclavie cauzată de o îndatorare” și alte forme de constrângere.

Statisticile arată că mulți copii din diferite țări din Europa de sud-est au fost „vânduți” sau au fost duși în mod ilegal dincolo de frontiere în alte țări și forțați să fie cerșetori sau hoți. Bărbații sunt traficați pentru muncă în regim de sclavie în diferite țări prin firme de plasare de forță de muncă care le oferă locuri de muncă decente. Rutele de trafic nu sunt niciodată fixe, ci acestea se schimbă și urmează cererea din țările și regiunile respective.

Formele de exploatare pe care Protocolul O.N.U. referitor la trafic le asociază cu traficul sunt definite într-o serie de alte tratate internaționale. „Exploatarea prostituției altora” se referă la cazurile în care un proxenet sau un exploatator ia în totalitate sau parțial banii pe care un client îi plătește unei prostituate forțate să presteze un act sexual. Exploatarea sexuală se referă atât la exploatarea sexuală comercială (prostituție și producerea de pornografie), cât și la alte situații, care nu sunt în mod explicit identificate de Protocol. „Sclavia sau practicile similare sclaviei” și „aservirea” se referă la situații similare în care persoanele sunt constrânse să muncească pentru alții, fără a fi neapărat „în proprietatea” acestora, îndeosebi în sistemul de „sclavie cauzată de o îndatorare”, practica de a cere cuiva să muncească pentru a-și achita un împrumut atunci când valoarea muncii excede cu mult valoarea împrumutului.¹ „Prelevarea de organe” se referă la cazurile de transplanturi de organe care implică donatori în viață cărora li se plătesc sume de bani (sau ale căror rude iau banii în numele lor) în schimbul donării unui organ, cum ar fi rinichiul, sau unor fluide organice către un alt pacient.

Până la ajungerea în statul unde traficanții urmează să obțină câștiguri financiare de pe urma persoanelor traficate, acestea din urmă sunt trecute de cele mai multe ori ilegal peste frontierele statelor. Opinez că aceste persoane, care datorită unor împrejurări nefericite ajung să migreze ilegal, sunt victime ale traficului cu ființe umane de la începerea punerii în practică a hotărârii infracționale luată de către traficanți și anume de a exploata respectivele persoane, pe parcursul derulării fazelor activității infracționale și până la încheierea acesteia în oricare din moduri, condiția fiind ca să se dovedească faptul că s-a profitat de starea de nevoie în care se afla persoana la momentul plecării din propria țară, anume foametea, sărăcia, șomajul, situație care să subsiziste și la momentul trecerii ilegale peste frontiera de stat.

În timp ce sunt exploatate, victimele traficului sunt puse într-o situație de dependență totală față de traficanți, pe care trebuie să îi asculte. Teamă de răzbunare sau vulnerabilitatea față de lege reprezintă un element cheie în acest plan. În această etapă, obiectivul traficantilor, și anume exploatarea victimelor pentru câștiguri financiare, este pe deplin realizat.

¹ Sistemul de “sclavie cauzată de o îndatorare” și alte forme de ‘statut de aservire’ sunt definite și interzise de Convenția Adițională a ONU privind abolirea sclaviei, comerțul cu sclavi și instituțiile și practicile similare sclaviei (1956)

Globalizarea și internaționalizarea piețelor determină noi comportamente migratorii, o fluiditate sporită a deplasărilor teritoriale, fenomenele migratorii temporare având o semnificație aparte.

Din punct de vedere al modalității de realizare, migrația se poate face legal sau ilegal, și nu de puține ori la limita dintre legal și ilegal, ceea ce practic însumează diferite metode și mijloace la care recurg migranții, atât pentru a părăsi țările de origine cât și pentru a tranzita alte state sau de a pătrunde și a se stabili în țările de destinație.

Așadar, fiind o variantă sensibilă a libertății de circulație, și reglementarea migrației se află la confluența dintre normele dreptului intern al statelor implicate în derularea fenomenului emigrare (imigrare) și prevederile statuate în dreptul internațional în acest domeniu.

Raționamentul fundamental, care determină armonizarea sau conjugarea celor două categorii de norme interne/internaționale, îl constituie necesitatea protejării permanente a drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor, indiferent de locul unde se află sau calitatea ce o dețin: cetățean, apatrid, refugiat.

Prevederile dreptului comunitar incidente în materia străinilor reprezintă reglementări importante ce trebuie avute în vedere pentru corecta interpretare și aplicare, în corelație cu celelalte dispoziții legale interne.

În prezent România, membră a Uniunii Europene, a adopta legislația comunitară în materie, sens în care se dezvoltă permanent politici comune cu celelalte state în materie de azil și migrație, dublate de o constantă preocupare pentru managementul frontierelor externe și de eforturi de a combate migrația ilegală și criminalitatea transfrontalieră conexasă.

În acest context, pe cale de interpretare, putem evidenția rolul primordial ce trebuie să i se recunoască clarificării statutului migranților, în mod special acelor care datorită unei stări de necesitate, cum ar fi starea de foamete, sărăcie, șomaj, etc. din propria țară au apelat la serviciile unor grupări criminale specializate în migrația ilegală, grupări care profită de disperarea persoanelor în cauză în scop de câștig material.

Identificarea stării de necesitate, a nevoii de protecție în care se află o persoană care a trecut fraudulos frontiera de stat trebuie să se facă după audierea acestuia de către un reprezentant al autorității statului.

Evaluarea credibilității este extrem de importantă în aflarea adevărului, pe baza relatărilor făcute, cu ocazia audierii persoanei care invocă o temere în statul de origine, coroborate cu dovezile prezentate sau obținute în urma cercetărilor. În practică, este destul de greu de obținut informații suficiente astfel încât decizia să fie bazată pe elemente concrete.

Există o varietate de factori ce influențează modul în care interrelaționează persoana audiată și reprezentantul autorității. Poate fi, uneori, vorba de neîncrederea în autorități pe baza experiențelor personale, diferențele culturale, prezentarea unor povești învățate sau chiar teama insuflată în urma unor amenințări primite de la traficanții de ființe umane de a nu aduce la cunoștința reprezentanților autorităților detalii cu privire la „afacerea” de transfer din țara de origine în statul ținută.

Evaluarea credibilității poate prezenta un pronunțat caracter subiectiv: ceea ce ține de migrantul ilegal, aflat într-o nevoie de protecție, de declarațiile și comportamentul său, dovezi și informații din țările de origine, pe de o parte, dar și valorile proprii, prejudecățile, orientarea și perspectiva celui care pronunță decizia în cazul acestuia, pe de altă parte.

Principiul beneficiului dubiului sau al prezumției de bună-credință, așa cum l-a denumit legiutorul nostru, este strâns legat de evaluarea credibilității. El operează după ce au fost îndeplinite cumulativ o serie de criterii, îndeosebi cel legat de stabilirea credibilității. Prevederea conținută în legislația internă și preluată din cea comunitară referitoare la aplicarea acestui principiu face distincție între două condiții: declarațiile migrantului ilegal, care trebuie să fie coerente și plauzibile și să nu fie contrazise de informațiile din țările de origine, relevante pentru cazul acestuia și credibilitatea generală, care a fost stabilită deja. Se subliniază în acest fel diferențierea între cele două tipuri de credibilitate, fără a exista o definiție concretă a celor două concepte, rămânând la latitudinea factorilor de decizie să ofere interpretări în acest sens.

Chiar și după ce migrantul ilegal a depus eforturi reale pentru a-și proba relatarea, poate exista totuși o lipsă de dovezi suficientă pentru susținerea unora din declarațiile sale. Uneori, este aproape imposibil să se dovedească fiecare componentă a cazului, iar dacă aceasta ar fi o cerință imperativă nu s-ar mai putea vorbi de beneficiul dubiului.

Totuși, beneficiul dubiului trebuie acordat numai după obținerea și verificarea tuturor dovezilor disponibile și când examinatorul este satisfăcut în privința credibilității generale a migrantului. Este necesar ca declarațiile migrantului să fie coerente și plauzibile și să nu fie contrare faptelor notorii, pentru a-și putea dovedi și a beneficia de calitatea procesuală de victimă. În cazul depistării în trecere ilegală peste frontieră, prin intermediul unor rețele de crimă organizată, a unor persoane aflate în situații speciale, vulnerabile, precum minorii neînsoțiți, femeile singure, victimele torturii, vârstnicii, calitatea de victimă este cu atât mai mult clarificată.

În final, „temerea bine întemeiată” pentru care a plecat din statul de origine, „evaluarea credibilității”, „beneficiul dubiului” și caracterul umanitar pot sta la baza acordării unei forme de protecție. Urmează apoi, extrem de important, identificarea și tragerea la răspundere penală a membrilor rețelilor de crimă organizată specializate pe migrație ilegală și trafic de ființe umane, a căror activitate ilicită prezintă un pericol social ridicat și care profită de starea de nevoie în care se află persoanele care pleacă din propria țară, profitând de dramele prin care trec aceștia, atunci când migrația s-a desfășurat prin intermediul unor astfel de rețele, servicii pentru care s-au plătit sume importante de bani sau urmau să plătească în statul de destinație.

Pot exista situații în care victimele traficului de persoane sunt în nevoie de protecție internațională, din cauza unei temeri de persecuție, în eventualitatea întoarcerii în țara de origine.

O solicitare a protecției internaționale prezentată de către victimă sau o potențială victimă a traficului de persoane poate apare într-un număr distinct de circumstanțe. Victimele pot fi traficate în străinătate, au scăpat de controlul traficantului și pot căuta protecție în statul în care se află. În același timp, victima poate fi traficată pe teritoriul național, a scăpat, ulterior fugind în străinătate pentru a solicita protecție. Este posibil ca persoana să nu fi fost traficată încă, dar aceasta se teme că poate deveni o victimă a traficului de persoane, motiv pentru care se află în nevoie de protecție.

Nu este neapărat necesar ca temerea să intervină în urma unei experiențe personale. Această teamă poate surveni și în urma a ceea ce li s-a întâmplat prietenilor și rudelor sau altor membrii ai aceluiași grup rasial sau social. Într-o astfel de situație, temerea de a deveni o victimă a persecuției, mai devreme sau mai târziu, este bine întemeiată.

În România, prin intermediul Oficiului Român pentru Imigrări (O.R.I.) din cadrul Ministerului Administrației și Internelor, sunt derulate programe de consiliere a imigranților.

În dreptul român, art. 117 alin. final din Codul Penal reglementează interdicția de a fi expulzate persoanele care au săvârșit infracțiuni, cetățeni străini, dar despre care există motive serioase să se creadă că există riscul să fie supuse la tortură în statul în care urmează să fie expulzate, dispoziție concordantă cu art. 3 din Convenția Europeană și art. 33 al Convenției de la Geneva privitoare la statutul refugiaților din anul 1951.

În același sens, art. 6 alin. 2 din Legea nr. 122/2006 privind azilul în România, modificată, statuează că persoana care a fost recunoscută ca refugiat sau căreia i-a fost acordată protecție subsidiară este protejată împotriva expulzării, extrădării sau returnării în țara de origine sau în orice stat în care viața sau libertatea sa ar fi pusă în pericol sau în care ar fi supusă la torturi, tratamente inumane sau degradante. În cazul solicitantului de azil (persoana care se află în cursul unei proceduri de determinare a statutului de refugiat), nu pot fi luate măsuri de expulzare, extrădare sau returnare forțată de la frontieră ori de pe teritoriul României, cu excepția cazurilor reglementate în art. 44 al Legii nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului.

Conform art. 11 din Legea nr. 122/2006 privind azilul în România – Cauze care înlătură caracterul penal al faptei - „Autoritățile române nu vor aplica sancțiuni penale pentru motivul intrării sau șederii lor ilegale solicitanților de azil care intră ori se află fără autorizație pe teritoriul României”.

Această cauză care înlătură caracterul penal al faptei are caracter derogator. În cazul în care a fost începută urmărirea penală pentru trecerea frauduloasă a frontierei de stat și survine manifestarea de voință în sensul solicitării azilului în România, urmează a se face aplicarea prevederilor art. 10 lit. e din Codul de procedură penală, potrivit cărora „acțiunea penală nu poate fi pusă în mișcare, iar când a fost pusă în mișcare nu mai poate fi exercitată dacă: e) există vreuna din cauzele care înlătură caracterul penal al faptei”.

Adevăratul pericol social îl constituie infracțiunea de trafic de migranți și anume racolarea, îndrumarea sau călăuzirea uneia sau mai multor persoane în scopul trecerii frauduloase a frontierei de stat, precum și organizarea acestor activități, uneori acestea fiind de natură a pune în pericol viața sau securitatea migranților ori a-i supune pe aceștia unui tratament inuman sau degradant, existînd posibilitatea, inserată de legiuitor în cuprinsul Ordonanței de Urgență nr. 105 din 27 iunie 2001 privind frontiera de stat a României, prin art. 71 al. 3, să aibe ca urmare moartea sau sinuciderea victimei.

Este de observat că atunci când legiuitorul prevede și varianta morții sau sinuciderii acesta nu mai folosește termenul de migrant ci pe acela de victimă.

La art. 70 al 4 din același act normativ amintit este exonerată de răspunderea penală pentru săvârșirea faptei de trecere ilegală peste frontiera de stat o anumită categorie de persoane, și anume victimele traficului de persoane.

Protocolului Națiunilor Unite pentru prevenirea, combaterea și pedepsirea traficului de persoane, în special femei și copii, ca anexă la Convenția Națiunilor Unite împotriva crimei organizate transfrontaliere, cunoscută mai mult sub numele ei scurt de "Protocolul de la Palermo", a stabilit un standard referitor la infracțiunile de trafic. În multe state, legislația specifică luptei anti-trafic a fost elaborată sau se află în curs de elaborare, bazându-se în întregime pe prevederile acestui Protocol.

Articolul cel mai important al întregului document este Articolul Trei, care definește infracțiunea de trafic de persoane ca fiind „recrutarea, transportarea, transferarea, cazarea sau primirea unei persoane prin amenințare, violență sau prin alte forme de constrângere, prin răpire, fraudă ori înșelăciune, abuz de autoritate sau profitând de imposibilitatea acelei persoane de a se apăra sau de a-și exprima voința, ori prin oferirea, darea, acceptarea sau primirea de bani ori de alte foloase pentru obținerea consimțământului persoanei care are autoritate asupra altei persoane, în scopul exploatării acestei persoane. Exploatarea include, minimum, exploatarea prostituției altor persoane sau alte forme de exploatare sexuală, executarea unei munci sau îndeplinirea de servicii, în mod forțat, ținerea în stare de sclavie sau alte procedee asemănătoare de lipsire de libertate ori de aservire sau prelevarea de organe.”

Și alte organizații internaționale au elaborat definiții ale fenomenului de trafic de persoane:

Definiția Convenției Europol privind traficul de persoane subliniază în mod explicit natura predominant sexuală a exploatării victimelor. Referitor la infracțiunile enumerate în articolul 2(2), Convenția conține următoarea definiție:

„Traficul de persoane reprezintă metodele de supunere a unei persoane la dispoziția reală și ilegală a altor persoane, prin folosirea forței, a amenințării cu forța, a abuzului de autoritate, sau a inducerii în eroare, în scopul exploatării prostituției, al exploatării sexuale de orice fel, al abuzului minorilor sau al comerțului cu minori abandonati.”

În legislația națională Legea nr.678/2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane este principalul instrument de politică penală în materia traficului de persoane. Legea conține, pe lângă norme de incriminare și dispoziții care definesc termenii și expresiile utilizate, dispoziții care privesc prevenirea traficului de persoane, cu indicarea instituțiilor responsabile în acest segment, norme de incriminare a unor infracțiuni aflate în legătură cu traficul de persoane, dispoziții speciale în materia confiscării, impunității, reducerii pedepselor, dispoziții speciale privind procedura judiciară, dispoziții vizând protecția și asistența victimelor traficului de persoane și dispoziții referitoare la cooperarea internațională.

Articolului 12 din legea amintită incriminează infracțiunea de trafic de persoane și o definește așa cum este prevăzută în cuprinsul Articolului Trei din „Protocolul de la Palermo”.

Această definiție progresivă și modernă are mai multe aspecte pozitive, deoarece reflectă realitatea traficului de persoane din zilele noastre.

În primul rând, ea recunoaște toate formele de trafic. Noțiunea de trafic nu mai este restrânsă la exploatarea sexuală. Definiția se concentrează pe condițiile de muncă forțată, aservire, pe practicile asemănătoare sclaviei și pe sclavie, fiecare dintre acestea fiind definite în mod distinct.

În al doilea rând, ea nu se concentrează în mod exclusiv pe femei și fete, ci recunoaște că victimele pot fi atât femei, cât și bărbați, fete și băieți.

Factorii informaționali scăzuți privind realitățile pieței muncii sau nivelul de trai în țările de destinație, posibilitățile reale de angajare în câmpul muncii peste hotare, consecințele muncii la negru determină aprecierea incorectă a șanselor reale de succes, favorizând traficul.

Potrivit unui studiu comandat de O.I.M. în România, s-au identificat o serie de factori care determină vulnerabilitatea la trafic în special a tinerelor, factori care se constituie în tot atâtea cauze care determină și preced apariția traficului de ființe umane, astfel:

- amplasarea geografică „avantajoasă” ; România fiind țară de origine, de tranzit și de destinație favorizează dezvoltarea traficului. De asemenea, comunitatea devine o cauză atunci când ne referim la localizarea geografică într-o regiune săracă (majoritatea victimelor traficului provin din Moldova și Muntenia) și rezidența într-o aglomerare urbană (de exemplu, tinerele care locuiesc în marile orașe sunt mai vulnerabile față de trafic, în comparație cu cele care locuiesc în comunități mici, rurale);

- grupurile de apartenență; tinerele care locuiesc într-un mediu instituționalizat sunt semnificativ mai vulnerabile la trafic decât cele care trăiesc singure sau cu familia;

- abuzul și disfuncționalitatea familială, lipsa de comunicare în familie și dezintegrarea socială; astfel, experiența unui abuz, fie în familie, fie într-o instituție, crește substanțial vulnerabilitatea față de trafic; mediul familial abuziv este un factor generator de migrație și trafic, alimentând sentimentul eșecului în relațiile personale și determinându-le pe tinere să-și caute libertatea în altă parte; pe de altă parte, comunicarea redusă dintre părinți și tinere generează sentimentul de nonapartenență la familie și mărește vulnerabilitatea față de trafic; lipsa unui grup de prieteni accentuează sentimentul dezintegrării și facilitează desprinderea de familie și de comunitate;

- achizițiile și aspirațiile personale; dorința de realizare personală și independență financiară se află într-un raport de directă proporționalitate cu riscul traficării (proiectarea succesului în străinătate este o cauză dominantă în apariția traficului).

În altă ordine de idei, cauzele traficului pot fi raportate la cele cele trei nivele de coexistență: traficul în vederea exploatarei sexuale, a exploatarei forței de muncă și donarea de organe.

Traficul în scopul exploatarei sexuale rămâne cea mai mare și mai importantă formă a traficului, din simplul motiv că va reprezenta întotdeauna cea mai importantă sursă de profit pentru traficanți.

Sărăcia, șomajul, discriminarea pe piața muncii, violența domestică și abuzul determină pentru femei și tinere, în general, nașterea unei dorințe de „evadare către o lume mai bună,” astfel încât ofertele înșelătoare ale traficanților sunt acceptate cu ușurință.

Victimelor care provin din familii dezorganizate, fără o sursă de venit, le sunt oferite locuri de muncă bine plătite în afara țării; în cazul copiilor folosiți la cerșit, părinților li se promite faptul că pentru copii există posibilitatea unei vieți mai bune, vor avea o carieră de succes, li se dau exemple imaginare cu persoane care au avut succes în activitate, li se oferă bani în schimbul copiilor; există cazuri când de asemenea sunt traficați de prietenii acestora, care au o influență asupra acestor persoane sau a părinților acestora (în cazul copiilor). Victimele sunt transportate în altă țară, majoritate sub acoperirea „turismului mascat”.

Se poate spune că, de cele mai multe ori, pentru realizarea scopului propus și anume exploatarea persoanei, astfel cum este definită în art. 12 pct. 1 din Legea nr. 678/2001 cu modificările și completările ulterioare, scop care trebuie să existe în momentul săvârșirii faptelor de ducere la îndeplinire a rezoluțiunii infracționale, dar care nu trebuie să fie și efectiv realizat, se poate face și prin îndrumarea sau călăuzirea uneia sau mai multor persoane în scopul trecerii frauduloase a frontierei de stat, pentru ca acestea să fie traficate într-un stat de destinație.

Opinez că din momentul recrutării persoanei traficate spre a fi exploatată în vederea obținerii de profit și până la obținerea acestui profit în beneficiul traficantului, victimei nu i se poate schimba calitatea procesuală, nici pentru fapta de trecere ilegală peste frontiera de stat, fiind îndrumată sau călăuzită în acest sens, scopul final fiind acela de obținere a unor beneficii financiare de către o grupare criminală. Pentru a beneficia de calitatea procesuală de victimă pe parcursul procesului penal intentat membrilor grupării criminale și implicit de protecție din partea autorităților statului, trebuie îndeplinită de către persoana traficăta condiția de sprijinire a activității probatorii în dovedirea faptelor de natură infracțională a membrilor grupării și de dovedire a stării de nevoie în care se afla la momentul în care a fost racolată, nevoie generată de foamete, sărăcie, șomaj, etc, stare care să nu fi încetat în momentul luării hotărârii de a trece ilegal peste frontieră, fiind îndrumată sau călăuzită pentru aceasta.

Intenția, în cazul infracțiunii de trecere ilegală peste frontiera de stat prin îndrumare sau călăuzire a uneia sau mai multor persoane în scopul exploatării acesteia/acestora în alt stat de către traficant nu poate fi decât directă, deoarece acțiunile care compun elementul material al laturii obiective au ca finalitate subiectivă scopul exploatării persoanei, urmărit de traficant.

Traficarea ființelor umane reprezintă un proces complex care presupune parcurgerea mai multor etape, caracterizate de desfășurarea de activități specifice.

Elementul material al infracțiunilor de trafic de persoane, prev. de art. 12 din Legea nr. 678/2001 și trafic de minori, prev. de art. 13 din Legea nr. 678/2001 se realizează printr-una sau mai multe dintre acțiunile prevăzute ca modalități alternative în normele incriminatoare, respectiv recrutarea, transportarea, transferarea, cazarea, găzduirea sau primirea unei persoane, acțiuni care trebuie să fie efectuate în scopul exploatării victimei.

Recrutarea, ca modalitate alternativă prin care are loc traficarea, constă în atragerea victimei spre a fi exploatată în vederea obținerii de profit.

Transportarea presupune deplasarea victimei dintr-un loc în altul, fie în interiorul granițelor statului său de origine, fie din statul de origine a victimei în statul de destinație, ceea ce presupune cel mai adesea trecerea uneia sau mai multor linii de frontieră.

Transferarea constă în transmiterea victimei de la un traficant la altul, atunci când este vândută pur și simplu ca o marfă, inițial fără ca ea să știe, sau face obiectul unei alte tranzacții încheiate între traficanți (de ex. schimbul).

Cazarea presupune instalarea unei persoane temporar într-o locuință ori într-un alt amplasament având această destinație.

Găzduirea este o modalitate de realizare a elementului material al infracțiunii de trafic de minori și semnifică primirea unei persoane într-o locuință și adăpostirea vremelnică a acesteia.

Primirea presupune preluarea victimei de către un traficant, de la un altul, ca urmare a unei tranzacții intervenite între cei doi.

Fiecare dintre aceste acțiuni este suficientă pentru realizarea elementului material al infracțiunii de trafic de persoane ori trafic de minori, atât în variantele tip, cât și în cele agravate.

Călăuzirea, care se poate realiza și prin *transportare*, este una din formele principale ale industriei ilegale de trafic de migranți, care este organizată la nivel internațional, pentru migrarea ilegală în special a cetățenilor din lumea a treia. Majoritatea migratorilor sunt oameni tineri apti de muncă, cu un nivel mai scăzut de pregătire, care nu cunosc limbi

străine și nu au legături de rudenie, fiind total lipsiți de ajutor, stare de care profită călăuzele.

În cazul în care activitatea infracțională desfășurată de traficant reunește două sau mai multe dintre modalitățile alternative (de ex., făptuitorul mai întâi recrutează victima, apoi o transportă în țara de destinație unde o transferă unei alte persoane, în scopul exploatării), fapta acestuia nu va constitui un concurs de infracțiuni, ci o singură infracțiune compusă dintr-un ansamblu de acte diferite executate în baza unei rezoluții infracționale unice.

Elementul material al infracțiunii prevăzute de art. 15 alin. (2) din Legea nr. 678/2001 presupune efectuarea de acțiuni de organizare a săvârșirii infracțiunilor de trafic de persoane, constând în pregătirea activităților de recrutare, transportare, transferare, cazare, găzduire sau primirea a unei persoane în scopul exploatării sale, elaborarea de planuri în acest scop, stabilirea rolurilor și sarcinilor făptuitorilor, a mijloacelor și metodelor concrete de acțiune.

Legea nr. 39 din 21 ianuarie 2003 privind prevenirea și combaterea criminalității organizate, în cuprinsul art. 2, lit. a, definește grupul infracțional organizat ca fiind grupul structurat, format din trei sau mai multe persoane, care există pentru o perioadă și acționează în mod coordonat în scopul comiterii uneia sau mai multor infracțiuni grave, pentru a obține direct sau indirect un beneficiu financiar sau alt beneficiu material.

Elementul material al infracțiunilor de trafic de migranți, prev. de art. 71, al. 1, din Ordonanța de Urgență nr. 105 din 27 iunie 2001 privind frontiera de stat a României se realizează printr-una sau mai multe dintre acțiunile prevăzute ca modalități alternative în normele incriminatoare, respectiv racolarea, îndrumarea sau călăuzirea uneia sau mai multor persoane în scopul trecerii frauduloase a frontierei de stat, precum și organizarea acestor activități.

Racolarea candidaților (cei care doresc să emigreze și care dispun de sumele pretinse de traficanti), are ca scop, ca și în cazul traficului de persoane, unde denumirea acestei etape este de recrutare, obținerea de profit ;

Îndrumarea în țările de tranzit, de regulă pe canalele unor călătorii personale: turistice, studii, activități economice sau tranzit, mijloacele de transport fiind diverse, aeriene sau terestre, este tot o fază în scopul realizării profitului de către traficanți. Îndrumarea se mai poate face prin stabilirea direcțiilor de deplasare, mijloacelor de transport ce urmează a fi folosite, care precede intrarea ilegală în celelalte țări și stabilirea de măsuri suplimentare pentru derularea operațiunii respective;

Călăuzirea, uneori făcându-se și gruparea și găzduirea temporară pe teritoriul țărilor de tranzit a migranților, deasemenea, ca și transportarea în cazul traficului de persoane, este o modalitate de realizare a elementului material al infracțiunii de trafic de migranți pentru elaborarea legendelor, asigurarea documentelor de identitate falsificate, etc..

După ce se traversează celelalte țări de tranzit urmează intrarea și instalarea în țara de destinație.

Migrația ilegală fiind, în prezent, una dintre manifestările transfrontaliere predominante ale criminalității internaționale organizate, care este generată de situația politică, socială și economică din țările de origine a migranților și care se poate dezvolta, de la caz la caz, în țările de tranzit, putând produce efecte grave în țările de destinație (țintă), poate fi limitată cu succes prin concentrarea efortului de administrare a probelor, dovedire a vinovăției membrilor rețelelor de migrație ilegală și destructurarea acestor rețele prin eliminarea consumului de timp și energie în cauzele penale privind migrații. Aceștia,

tratați ca victime, pot depune mărturii și ajuta la strângerea de probe în procesul penal derulat față de gruparea criminală.

Existența unui cadru legislativ incomplet referitor la migrație, care nu poate asigura, ca în situația traficului de persoane, protecția victimelor și a martorilor, constituie o cauză care determină dezvoltarea traficului de migranți.

Din cuprinsul Ordonanței de Urgență nr. 105 din 27 iunie 2001 privind frontiera de stat a României, art. 71, al 1 – 3, reiese faptul că migrantul este considerat victimă dacă în urma racolării, îndrumării sau călăuzirii în scopul trecerii frauduloase peste frontiera de stat, fiindu-i pusă în pericol viața sau securitatea ori ca urmare a supunerii migrantului la un tratament inuman sau degradant a intervenit moartea sau sinuciderea acestuia.

Soluțiile date de către instanțele de judecată în cauzele privind trecerea ilegală peste frontiera de stat, faptă prevăzută și pedepsită de art. 70 al. 1 din Ordonanța de Urgență nr. 105 din 27 iunie 2001 privind frontiera de stat a României, au fost, de cele mai multe ori, de scoatere de sub urmărire penală cu aplicarea art. 18 ind. 1 din Codul Penal. Procedura de instrumentare a dosarului penal și trimiterea cauzei, spre judecare, la instanță presupune costuri și consum de timp și energie, toate canalizate în special pe probarea vinovăției și tragerea la răspundere penală a migrantului care a trecut ilegal frontiera de stat. Acesta, de cele mai multe ori, nu prezintă reprezentanților autorității statului cum s-a derulat acțiunea ilicită, din țara de origine până în cea în care a fost depistat, de teamă sau datorită faptului că fiind cercetat și judecat în calitate de învinuit sau inculpat consideră nu poate beneficia de protecție din partea statului. În acest fel, traficanții scapă nepedepsiți iar „afacerea” lor merge mai departe, mai mult decât atât, se dezvoltă.

Restricționarea oportunităților de migrare legală în țările de destinație, precum și reglementările foarte restrictive cu privire la migrația legală impuse de țările cu o economie mai dezvoltată, spre care tind victimele traficului, limitează cu severitate orice formă de migrație legală, situație care favorizează traficul. Internaționalizarea grupărilor criminale aduce profituri mari obținute în urma traficului de migranți, astfel că acest tip de trafic a devenit un „business” global.

Pe baza acestor considerente, apreciez ca necesar și eficient pentru munca de combatere a migrației ilegale respectiv gestionare a fenomenului migraționist ca fapta migranților aflați într-o situație specială și care au fost trecuți fraudulos peste frontiera de stat prin intermediul unor rețele criminale organizate, să nu mai fie considerată infracțiune, ci contravenție. Prin situație specială se înțelege starea de nevoie în care se află o persoană în țara sa de origine, stare cauzată de conflicte, foamete, sărăcie, lipsa unor surse necesare traiului sau datorită unor persecuții la care este supusă aceasta pe motive de apartenență politică, religioasă, etnică, sexuală etc. Persoana în cauză, după documentarea stării reale a acesteia, poate beneficia de protecție din partea statului, în schimb ajutând la obținerea de probe necesare destrămării grupării infracționale și pedepsirea membrilor acesteia, putându-se aplica, în funcție de contribuția adusă în fața organelor autorității statului de către migranți, doar sancțiunea avertismentului față de aceștia din urmă.

În ultima perioadă, s-a pus un accent deosebit pe necesitatea integrării sociale a migranților, dispariția discriminărilor de orice fel, dar și pe aceea a stabilirii unor politici și programe comune în Uniunea Europeană pentru migrație.

Comisiile pentru Drepturi Civile și Dezvoltare din Parlamentul European, au adus în atenție în repetate rânduri, faptul că unul din scopurile sesiunilor de lucru a comisiilor sus-menționate este analizarea implicațiilor în plan internațional a fenomenului migrației

ilegale, a modului de gestionare și control al acestui fenomen, dar și de aplicare a anumitor măsuri pe linia legalizării migrației - soluție identificată drept cea mai eficientă pentru reducerea fenomenului migrației ilegale și implicit a traficului de persoane.

REGLEMENTAREA CONTRACTELOR ADMINISTRATIVE DE DELEGARE A GESTIUNII SERVICIULUI PUBLIC

Lect. univ. drd. CRISTIAN GIUSEPPE ZAHARIE

Universitatea Romano – Americana

Delegarea gestiunii serviciului public este o forma de indeplinire a serviciului public de catre un particular imputernicit de o autoritate contractanta. In dreptul român contemporan cea mai frecvent intilnita aplicatie a delegarii serviciului public o reprezinta contractele de concesiune de servicii publice,carora se adauga contractele de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilitati publice.Dreptul francez cunoaste si alte forme contractuale de delegare a (realizarii) gestiunii serviciului public (ex. l'affermage, la concession, la régie intéressée, le contrat de délégation de service public).

. Delegarea gestiunii serviciilor comunitare de utilități publice este reglementata prin mai multe acte normative dintre care mentionez:

- Legea nr. 51/2006 din 08/03/2006 privind serviciilor comunitare de utilități publice;

- Legea nr. 241/2006, privind realizarea serviciului de alimentare cu apa si de canalizare;

- H.G. nr.717 din 2008 privind aprobarea procedurii cadru privind organizarea, derularea si atribuirea contractelor de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilitati publice;

- Anexa nr.1 la H.G. nr.717 din 2008 reglementind procedura cadru privind organizarea, derularea si atribuirea contractelor de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilitati publice,s.a.*

Serviciile comunitare de utilitati publice sunt definite ca totalitatea activitatilor de utilitate si interes public general, desfasurate la nivelul comunelor, oraselor, municipiilor sau judetelor sub conducerea, coordonarea si responsabilitatea autoritatilor administratiei publice locale, in scopul satisfacerii cerintelor comunitatilor locale, prin care se asigura urmatoarele utilitati:

- alimentarea cu apa;

- canalizarea si epurarea apelor uzate;

- colectarea, canalizarea si evacuarea apelor pluviale;

- productia, transportul, distributia si furnizarea de energie termica in sistem centralizat;

- salubritatea localitatilor;

- iluminatul public;

- administrarea domeniului public si privat al unitatilor administrativ-teritoriale, precum si altele asemenea;

- transportul public local.

Serviciile de utilitati publice fac parte din sfera serviciilor publice de interes general si au urmatoarele particularitati:

- au caracter economico-social;

- raspund unor cerinte si necesitati de interes si utilitate publica;

- au caracter tehnico-edilitar;

- au caracter permanent si regim de functionare continuu;

- regimul de functionare poate avea caracteristici de monopol;

- presupun existenta unei infrastructuri tehnico-edilitare adecvate;
- aria de acoperire are dimensiuni locale: comunale, orasenesti, municipale sau judetene;
- sunt infiintate, organizate si coordonate de autoritatile administratiei publice locale;
- sunt organizate pe principii economice si de eficienta;
- pot fi furnizate/prestate de catre operatori care sunt organizati si functioneaza fie in baza reglementarilor de drept public, fie in baza reglementarilor de drept privat;
- sunt furnizate/prestate pe baza principiului "beneficiarul plateste";
- recuperarea costurilor de exploatare ori de investitii se face prin preturi, tarife sau taxe speciale.

Principiile care stau la baza procedurii delegarii gestiunii serviciilor comunitare de utilitati publice prin licitatie deschisa si negociere directa sunt:

- transparenta - punerea la dispozitia tuturor celor interesati a informatiilor referitoare la aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilitati publice;*

- tratamentul egal

- aplicarea, intr-o maniera nediscriminatorie, de catre delegatar a criteriilor de atribuire a contractului de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilitati publice;

- proportionalitatea

- presupune ca orice masura stabilita de catre delegatar trebuie sa fie necesara si corespunzatoare naturii contractului;

- nediscriminarea - aplicarea de catre delegatar a acelorasi reguli, indiferent de forma de organizare, natura capitalului ori nationalitatea participantilor la procedura de atribuire a contractului, cu respectarea conditiilor prevazute in acordurile si conventiile la care Romania este parte;*

- libera concurenta - asigurarea de catre delegatar a conditiilor pentru ca orice operator sa aiba dreptul de a participa la procedura de delegare, in conditiile legii, ale conventiilor si acordurilor internationale la care Romania este parte.

Aceste principii sunt specifice adjudecarii contractelor administrative,conventia reglementata de H.G.717 din 2008 intrunind trasaturile contractului de delegare a gestiunii serviciilor de utilitati publice din dreptul francez.

REGLEMENTARI U.E. PRIVIND CONTRACTELE ADMINISTRATIVE

Lect. univ. drd. CRISTIAN GIUSEPPE ZAHARIE
Universitatea Romano – Americana

1. Punerea in aplicare a legislatiei comunitare

A. Principiul efectului direct

Spre deosebire de cea mai mare parte a contractelor internationale, dreptul comunitar nu angajeaza numai statele membre si institutiile comunitare, unele in raport cu altele, ci confera si resortisantilor acestora, cetateni ai Uniunii Europene drepturi care pot, in anumite conditii, sa fie invocate in fata instantelor nationale impotriva organismelor publice sau a altor particulari.

Nu este necesara o formula speciala de de introducere in dreptul intern, iar judecatorii nationali trebuie sa il aplice, de asemenea, in calitatea sa de drept comunitar¹.

Este ceea ce se numeste **efectul direct** al dreptului comunitar.

Tratatul CEE face referire la acest efect doar in ceea ce priveste legislatia secundara a CE fara a mentiona si normele cuprinse in Tratatul insusi.

Mai corect, efectul direct al dreptului comunitar reprezinta dreptul oricarei persoane de a cere judecatorului sa i se aplice tratate, regulamente, directive sau decizii comunitare.

Instantele au obligatia de aplica aceste norme, indiferent de legislatia tarii careia apartin. Aplicabilitatea directa presupune, deci, ca nu mai sunt necesare masuri interne de aplicare a dreptului comunitar complet din punct de vedere juridic.

Rezulta ca efectul direct nu se ataseaza la ansamblul normelor comunitare ci numai celor care sunt **“neconditionate si suficient de precise”**.

De fapt, Curtea nu face o distinctie clara intre cele doua criterii ci le examineaza de maniera globala, considerand ca ele nu sunt satisfacute din momentul in care dispozitia se subordoneaza unei masuri ulterioare, ce comporta o putere directionara fie a organelor Comunitatii, fie a statelor membre, fie a ambelor.

Dispozitiile ce enunta o interdictie, cum ar fi cele ale art.25 al tratatului, intra in aceasta categorie de vreme ce ele nu necesita o masura pozitiva de punere in practica. Logic, vor avea acelasi regim dispozitiile ce prescriu aplicarea tratamentului national tuturor reclamantilor comunitari².

Astfel, art.43, aliniatul 2 al tratatului, care stipuleaza ca “libertatea de stabilire comporta accesul la activitatile neretribuite si exercitarea lor...in conditiile definite de legislatia tarii de resedinta a propriilor reclamanti” se vede recunoscut in efect direct.³

In ce priveste dispozitiile ce reclama masuri de punere in practica, ele pot avea efect direct daca nu lasa nici o marja de apreciere autoritatii insarcinate cu executia. Este cazul, de exemplu, al art.90, aliniat 3 al tratatului, care prescrie statelor membre sa elimine sau

¹ V.Ciocan, L. Taut, E. Nuna, Drept european, Institutii europene. Politici europene. Fonduri structurale, Ed. Graf, Net, Bucuresti, 2007, p.212-224

² V.Ciocan, L. Taut, E. Nuna, Drept european, Institutii europene. Politici europene. Fonduri structurale, Ed. Graf, Net, Bucuresti, 2007, p.212-224

³ CJCE 21 iunie 1974, Reyners, dosar 2/74, Rec.p.631.

sa-si corecteze dispozitiile fiscale care defavorizeaza produsele importate de alte state membre.¹

Autoarea L.A.Ghica² arata ca “in general, procedura obisnuita de integrare a dreptului international in legislatiile nationale este cea a transunerii textului actelor internationale in legi nationale, fiind intotdeauna necesara o astfel de procedura inaintea intrarii lor in vigoare, chiar in tarile in care traditia juridica admite suprematia dreptului international asupra celui national.

Potrivit insa principiului aplicabilitatii directe, actele comunitare nu necesita masuri de transpunere in legi nationale, ele fiind aplicabile direct.

Cu alte cuvinte, statele nu au dreptul sa formuleze legi care sa reia textul unui act comunitar pentru a-l integra propriului sistem juridic intern, ci norma comunitara trebuie sa fie pur si simplu aplicata de jurisdictiile nationale din momentul publicarii sale in Jurnalul Oficial al Uniunii Europene. In plus, asa cum a aratat CJCE in controversatul caz din 1991 *Andrea Francovich et al. c. Republica Italiana*, cetatenii pot cere despagubiri statelor unde legislatia comunitara nu a fost corect sau in intregime implementata, daca acest lucru i-a afectat.

Acest principiu reafirma caracterul distinct al dreptului comunitar fata de sistemul juridic international si legatura sa speciala cu dreptul national al statelor membre³.

Autorul A.Fuerea⁴ apreciaza ca “determinarea efectului direct depinde de dreptul comunitar si, in ultima instanta, de Curtea de justitie, care califica jurisdictiile nationale cu ajutorul ansamblului chestiunilor de principiu, ceea ce garanteaza indispensabila unitatea de apreciere. Fiind astfel inlaturate toate obstacolele de principiu, unicul criteriu care permite confirmarea sau inlaturarea aplicabilitatii directe a unei dispozitii ramane criteriul material, care tine de substanta:” “este necesar si suficient ca dispozitiile invocate...sa se preteze, prin insasi caracterul lor, la a produce efecte directe in relatiile dintre statele membre si justitiabilii acestora”. (J.O.C.E., 03.04.1968; *Molkerei Zentrale, aff.28/67, Rec.211*). Concret, dispozitia trebuie sa fie, deci, suficient de “clara si precisa”, “completa si perfecta din punct de vedere juridic” si, in sfarsit, “neconditionata”. (concluzii *Mayras, despre C.J.C.E., 04.12.1974, Van Duyn, aff.41/74, Rec.1354*). Toate exigentele care nu au nimic exceptional si care sunt impuse de un judecator national pot aplica o norma, oricare ar fi aceasta, fara a I se depasi competentele. Acestea sunt:

Reglementarea trebuie sa fie in primul rand clara si precisa, altfel judecatorul national nu va putea sa deduca efectele sale practice in planul aplicarii. Este cazul reglementarilor care impun statelor o obligatie de a se retine (art.12 al Tratatului C.E.E.) dar, aceasta exigenta poate fi bine inlocuita, chiar printr-o obligatie de a face (art.13 al Tratatului C.E.E.). De fapt, important este ca obligatia fie clara, deci ca norma sa fie efectiv imperativa, caci, in rest, o dispozitie direct aplicabila poate fi echivoca si poate necesita o interpretare juridica (C.E.E., 4.4.1968, *Luck aff.34/67, Rec.350*);

¹ CJCE din 16 iunie 1966, *Lutticke*, dosar 57/65, Rec.p.293.

² L.A. Ghica, E. Stancu, M. Tataram, I. Conovici, A. Sincan, A. Bogdan, **Enciclopedia Uniunii Europene**, ed. a III-a, Ed. Meronia, Bucuresti, 2007.

³ L.A. Ghica, E. Stancu, M. Tataram, I. Conovici, A. Sincan, A. Bogdan, **Enciclopedia Uniunii Europene**, ed. a III-a, Ed. Meronia, Bucuresti, 2007.

⁴ I.P. Filipescu, A. Fuerea, *Drept institutional comunitar european*, ed.a III-a, Ed. ACTAMI, Bucuresti, 1997.

În al doilea rând, reglementarea trebuie să fie completă și perfectă din punct de vedere juridic, în sensul că trebuie să fie suficientă. În dreptul francez se cunosc legi perfecte și legi care nu sunt perfecte fiindcă necesită un decret de aplicare a cărui absență poate paraliza efectele legii timp de mai mulți ani.

În sfârșit, reglementarea trebuie să fie neconditionată. Atunci când nu se reduce pur și simplu la precedentă exigentă (ceea ce se întâmplă cel mai adesea: C.J.C.E. 14.07.1971, Müller-Hein, aff. 18/71, Rec. 723), această expresie indică faptul că reglementarea nu trebuie să fie supusă nici unui termen și nici unei rezerve. Când o obligație pusă de o reglementare comunitară este supusă unei amânări, chiar dacă este, printre altele, perfectă din punct de vedere juridic, efectele sale se suspendă. Dar, la împlinirea termenului, ea devine direct aplicabilă. Așa este articolul 13.2 care creează “o obligație clară și precisă”, dar este supus condiției suspendării până la sfârșitul perioadei de tranziție sau până la expirarea eventualelor amânări anterioare fixate de Comisie în directivele sale (C.J.C.E., 17.12.1970, S.A.C.E. de Bergame, aff. 33/70, Rec. 1213) sau articolul 95 al. 3 (C.J.C.E. Lúlticke, citat). Pe larg, Curtea a apreciat că expirarea perioadei de tranziție a făcut ca obligațiile pe care statele membre și le-au asumat în virtutea articolelor 58, 52, 59 ale tratatului să devină neconditionate (21.06.1974, Reyners, aff. 2/74, Rec. 631)¹.

B. Principiul suprematiei dreptului comunitar

Tratatele comunitare nu conțin nici o dispoziție conform căreia ele ar trebui să se aplice peste dreptul de origine internă.

Din acest motiv se poate susține că revine fiecărui stat în parte dreptul să fixeze el însuși nivelul la care dreptul comunitar ar trebui să fie inserat în ordinea sa juridică și, într-adevăr, anumite legislații naționale au început prin a decide că în caz de conflict între o normă comunitară și o normă internă, cea de-a doua ar trebui să aibă întâietate.

O asemenea abordare dădea statelor membre posibilitatea de a anihila efectele dreptului comunitar edictând reguli interne cu valoare juridică superioară sau egală cu cea a normelor comunitare. Astfel, Curtea a constituit principiul suprematiei dreptului comunitar asupra ordinii juridice naționale în hotărârea Costa, din 15 iulie 1964.

În cauza Costa s-a pus problema rezolvării conflictului dintre dreptul comunitar european-Tratatul CEE și o lege internă posteroară—Legea italiană de nationalizare a electricității din 6.09.1962². S-a stabilit că au prioritate toate normele comunitare (primare

¹ I.P. Filipescu, A. Fuerea, Drept instituțional comunitar european, ed. a III-a, Ed. ACTAMI, București, 1997.

² În caz de conflict între legea națională și dreptul comunitar, norma comunitară, (tratatele, dar și legislația derivată) este cea care se aplică în toate cazurile.

Acest principiu este valabil pentru toate tipurile de norme comunitare și respectiv naționale (fie ele constituționale, legislative sau administrative), indiferent de data intrării ei în vigoare (fie ca norma națională a fost emisă înaintea celei comunitare sau după aceasta).

Suprematia dreptului comunitar este unul dintre cele mai vechi principii ale acestui sistem de drept, fiind formulat pentru prima dată de către judecătorii Curții de Justiție a Comunităților Europene (CJCE) în hotărârea din 15 iulie 1964, în cazul Flaminio Costa c. E.N.E.L. Flaminio Costa, acționar al unei societăți private de producere a energiei electrice, se opunea nationalizării (în 1962) și transferul către societatea E.N.E.L. (Ente Nazionale Energia Elettrica) a producției și distribuției energiei electrice în Italia.

Întrucât nu mai primea dividendele care considera că i se cuvin, el a refuzat să-și plătească factura pentru energia electrică, iar înaintea unei curți naționale a invocat încălcarea, prin legea de

sau derivate) impotriva tuturor normelor nationale: administrative, legislative, juridice sau chiar constitutionale.

Pentru Curte, de fapt, obiectivul integrarii pe care il urmareste Comunitatea nu poate fi realizat decat daca dreptul comunitar este respectat intr-un mod uniform in ansamblul statelor membre. Astfel spus, necesitatea uniformitatii, nu ar putea fi ignorata fara a duce la disparitia caracterului comunitar al acestui drept¹.

C. Consecintele pentru instantele nationale, ale suprematiei si ale efectului direct

Dupa hotararile Van Gend² in Loos si Costa, Curtea de Justitie a dezvoltat considerabil dar si a precizat cunostintele pe care judecatorul national trebuie sa le traga din dreptul comunitar si in special dintr-o incompatibilitate intre o norma interna si un text comunitar.

Unele dintre aceste principii nu sunt atasate expres principiului suprematiei si al efectului direct, ci mai degraba art.10 al tratatului, care impune autoritatilor statale sa ia toate masurile destinate asigurarii executarii dreptului comunitar. Ele sunt, deci, susceptibile de a se produce chiar si atunci cand conditiile efectului direct nu sunt indeplinite.

Ele decurg totusi din aceeasi idee generala, care este aceea de a da jurisdictiilor nationale puterile cele mai mari pentru a asigura buna aplicare a dreptului comunitar si sa asigure astfel o protectie jurisdictionala eficace particularilor³.

nationalizare, a mai multor dispozitii a Tratatului de instituire a Comunitatii Europene (TCEE).

Interpelata pentru interpretarea unor prevederi ale tratatului, CJCE s-a pronuntat, afirmand ca, date fiind angajamentele pe care statele membre si le-au luat prin tratat, acestea au transferat Comunitatilor o parte din dreptul lor suveran de a decide, astfel incat statele membre nu mai pot lua hotarari "care ar fi incompatibile cu notiunea de Comunitate", L.A. Ghica, E. Stancu, M. Tataram, I. Conovici, A. Sincan, A. Bogdan, **Enciclopedia Uniunii Europene**, ed.a III-a, Ed. Meronia, Bucuresti, 2007.

¹ V. Ciocan, L. Taut, E. Nuna, Drept european, Institutii europene. Politici europene. Fonduri structurale, Ed. Graf, Net, Bucuresti, 2007, p. 212-224.

² NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos, o inteprindere de transport olandeza, daduse in judecata, in fata unui tribunal national, administratia vamilor din aceasta tara, pe motiv ca aceasta ii aplicase o taxa vamala majorata pentru un produs chimic provenind din Germania, fapt ce ar fi incalcat prevederile Tratatului de instituire a Comunitatii Economice Europene (TCEE) privitor la libera circulatie a marfurilor. Chemata sa se pronunte daca o persoana particulara putea invoca in justitie drepturi si obligatii create prin TCEE, CJCE raspunde afirmativ. Una dintre dificultatile aplicarii acestui principiu consta in a sti ce norme comunitare au efect direct. CJCE a stabilit ca normele comunitare, pentru a avea efect direct, trebuie sa fie complete (sa nu necesite norme suplimentare pentru executie sau in procesul punerii lor in aplicare). Astfel, au efect direct regulamentul, directivele (numai daca sunt clare, precise si neconditionate) si deciziile (cu exceptia celor care sunt adresate direct unui stat membru, dar si acestea au efect direct daca indeplinesc conditii similare directivelor)

³ L.A. Ghica, E. Stancu, M. Tataram, I. Conovici, A. Sincan, A. Bogdan, **Enciclopedia Uniunii Europene**, ed.a III-a, Ed. Meronia, Bucuresti, 2007.

³ V. Ciocan, L. Taut, E. Nuna, Drept european. Institutii europene. Politici europene. Fonduri structurale, Ed. Graf, Net, Bucuresti, 2007, p. 212-224.

D.Suprematia si efectul direct al dreptului comunitar.Consecintele acestora pentru judecatorul national

Conf. art.5- Statele Membre sunt obligate “sa ia toate masurile, fie generale sau particulare, pentru a asigura indeplinirea obligatiilor, ce revin din acest tratat sau care rezulta din actiunile intreprinse de catre institutiile Comunitatii in ideea indeplinirii sarcinilor comunitare”.

Neindeplinirea prevederilor art.5 poate avea ca si consecinta intentarea unui proces la C.E.J. de catre oricare stat membru sau de catre Comisia U.E.

U.E. a stabilit un nou cadru legal prin Statele Membre transfera o parte din puterile legislative spre Institutiile Europene.

In contrast cu tratatele internationale (clasice) C.E.E.si-a creat propriul sistem legislativ, care a devenit parte integranta a sistemului legislativ a Statelor Membre si pe care Curtile nationale sunt obligate din punct de vedere juridic, a le aplica.

Prin crearea Comunitatii, nelimitata ca durata, cu propriile instituii, personalitate proprie, capacitate legala proprie si adevarate puteri derivate din limitarea suveranitatii, ori din un transfer al puterii dinspre State inspre Comunitate,s-a creat un cadru legislativ care sa oblige din punct de vedere juridic ambele parti.

Suprematia legii comunitare a fost stabilita in doua directii:

-Dreptul comunitar ce detine suprematia asupra tuturor legilor nationale;

-Dreptul cetateanului european care poate solicita Curtilor Nationale protectia dreptului comunitar.

Judecatorul national nu va aplica nici o norma interna incompatibila cu o norma direct aplicabila a legislatiei comunitare, chiar daca norma interna e ulterioara celei comunitare.

E.Obligativitatea interpretarii conforme

Jurisdicitiile nationale trebuie, in masura posibilitatii, sa interpreteze dreptul intern intr-un sens conform dreptului comunitar.

Decurgand din art.5 al tratatului, aceasta obligatie se aplica chiar si atunci cand textul comunitar in cauza nu este suficient de precis si neconditionat pentru a produce un efect direct.¹

Daca este vorba despre o directiva, obligatia se aplica chiar daca litigiul opune doi particulari.²

In realitate, asa numita jurisprudenta Marshall, dupa care o directiva nu ar putea, prin ea insasi, sa creeze o obligatie in sarcina particularilor, nu se poate aplica aici, pentru ca judecatorul nu face decat sa aplice dreptul intern, incetand sa-l interpreteze, intr-un anume sens.

F.Excluderea normelor interne contrare dreptului comunitar

Bineinteles, se intampla ca textul sa fie redactat de o asemenea maniera incat sa nu para posibila interpretarea conforma cu dreptul comunitar.Suprematia de care se bucura acesta din urma impune anularea sau, cel putin, neaplicarea textului intern.

¹ ECJ 10 aprilie 1984, Von Coloson si Kamann, dosar 14/83, Rec.p.1891.

² A se vedea, de exemplu, hotararea din 13 niembrie 1991, Marleasing, dosar C-106/89, Rec.p.1-4135.

Totusi, acest efect nu se poate aplica decat daca textul comunitar este suficient de precis si neconditionat pentru ca printr-o veritabila aplicare a acestui text judecatorul este nevoit sa se indeparteze de textul intern.

Din acelasi motiv, excluderea unui text contrar unei directive nu poate fi invocata, in nici un caz, impotriva unui particular.

Efectul excluderii se aplica des in domeniul penal, unde tinde in general sa faca sa dispara incriminarea.

Astfel, de exemplu, jurisdictiile franceze au fost nevoite sa puna in libertate persoanele urmarite pentru incalcarea reglementarii vamale care cerea, sub pedeapsa sanctiunilor penale, o licenta pentru a importa marfuri provenind din alte state membre, dupa ce Curte emisese o hotarare care permitea sa se stabileasca faptul ca aceasta reglementare era contrara art.28 din tratat.¹

G.Efectul substituirii

In numeroase cazuri aplicarea dreptului comunitar nu poate fi obtinuta prin simpla eliminare a dispozitiilor interne contrare dar presupune ca dispozitia comunitara produce efecte pozitive.

De exemplu, hotararea din 9 noimebrie 1990, Dekker²:unei femei I se refuza postul pe care il solicita pe motiv ca era insarcinata.Acest motiv a fost gasit contrar art.2 si 3 ale directivei 76/2007 a Consiliului, referitoare la punerea in practica a principiului egalitatii barbatilor si femeilor in ceea ce priveste in special accesul la slujbe.

Totusi, refuzul angajarii nu rezulta dintr-un text intern, care ar trebui indepartat pentru a respecta directiva.

Repararea, fie ca ia forma angajarii, fie pe cea a unei indemnizatii, trebuie deci sa rezulte numai din textul comunitar.

Aici se manifesta efectul direct in cel mai complet sens al termenului.Mai mult decat efectul direct de excludere, el presupune ca dispozitia sa fie precisa si neconditionata.In plus, el nu se poate aplica impotriva particularilor pentru ca textul respectiv este o directiva.In exemplul citat, persoana interesata nu poate deci sa obtina castig de cauza decat daca slujba este propusa de un organism public.

H.Repetarea nedatoratului

Exista doua ipoteze in care un particular poate invoca dreptul comunitar pentru a reclama returnarea unei sume pe care a platit-o.

In prima, respectiva suma a fost platita in aplicarea normelor nationale care sunt vadit incompatibile cu dreptul comunitar-cum ar fi , de exemplu, o taxa fiscala sau vamala.

In a doua, suma a fost platita in aplicarea unor dispozitii comunitare care au fost ulterior declarate ilegale de catre Curtea de Justitie.

Poate fi vorba, de exemplu, de cresteri compensatorii sau de restituii la export.In ambele cazuri, cel care plateste suma cere restituirea bazandu-se pe o incalcare a dreptului comunitar, fie ca aceasta incalcare provine de la administratia nationala (prima ipoteza) fie de la autoritatile comunitare (a doua ipoteza).

¹ Hotararea din 15 decembrie 1976, Donckerwolke, dosar 41/76, Rec.p.1921.

² Dosar C-177/88,Rec.p.1-3941.

În toate cazurile, suma a fost primită de autoritățile naționale, deci acestea trebuie să o returneze.

Dacă refuză, litigiul este transat de către jurisdicția națională competentă, respectând regulile de procedură aplicabile în statul respectiv.¹ Este ceea ce numim principiul autonomiei procedurale a statelor membre.

Totusi, aceasta autonomie procedurala este marcata de doua limitari: pe de o parte, regulile de procedura in vigoare in statele membre nu trebuie sa fie mai putin favorabile pentru actiunile bazate pe dreptul comunitar decat pentru actiunile similare bazate pe dreptul intern; pe de alta parte, nu trebuie sa faca practic imposibil recursul.

I.Principiul recunoasterii reciproce

În lipsa armonizării legislației, pentru facilitarea consolidării pieței unice, statele membre recunosc reciproc normele naționale în anumite domenii, în special în cele care privesc libertatea de mișcare a marfurilor, serviciilor și persoanelor. Acest principiu a fost introdus pentru prima dată în vocabularul Comunităților prin așa-numitul caz Cassis de Dijon (Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), adus în fața Curții de Justiție a Comunităților Europene (CJCE), în 1979. Petentul, un importator german de băuturi alcoolice din Köln, intenționa să importe din Franța un lichior (Cassis de Dijon) și pentru aceasta, conform prevederilor legale din Germania, trebuia să ceară aprobarea unui for național specializat (Bundesmonopolverwaltung für Branntwein). Acesta nu a acordat licența de import, considerând că respectiva băutură nu este suficient de alcoolică pentru a fi considerată băutură spirtoasă. Importatorul a adus cazul în fața CJCE, arătând că legislația germană nu permitea importarea în această țară a unor băuturi recunoscute ca alcoolice în alte state membre, fapt ce împiedica libertatea de mișcare a produselor și contravenea Tratatului de instituire a Comunității Economice Europene (TCEE). CJCE a hotărât că statele membre nu au dreptul să introducă astfel de restricții tehnice decât în cazul în care anumite chestiuni non economice, de pildă protecția consumatorului și sănătatea publică, cer acest lucru².

2.Reglementari UE în materia contractelor administrative

A.Aspecte introductive

Reglementările europene nu interzic statelor membre să aibă legislații proprii privind acordarea și executarea contractelor administrative (contractelor publice) dar aceste reglementări trebuie să cuprindă dispozițiile obligatorii ale dreptului comunitar în materie³.

¹ Hotărârea din 16 decembrie 1976, REWE, dosar 33/76, Rec.p.1989.

² L.A. Ghica, E. Stancu, M. Tataru, I. Conovici, A. Sincan, A. Bogdan, **Enciclopedia Uniunii Europene**, ed.a III-a, Ed. Meronia, București, 2007.

³ A se vedea în acest sens:

- I. Alexandru, M. Carausan, S. Bucur, C. Sararu, Drept administrativ, edițiile I și II, Ed. Lumina Lex, București, 2005 și 2007, pag.386-408;

- Herzfeld & Rubin, p.c. lawyers professional corporation, Modernizarea continuă a sistemului de achiziții publice în România. The Romanian Digest, No.1 January 2006;

- C.S. Sararu, Contractele de furnizare/prestare a serviciilor de utilități publice, articol în revista Economie și administrație locală nr.2/2008, pag.56-57;

- C.S. Sararu, Parteneriatul public-privat în dreptul comunitar, Economie și administrație locală

Cadrul legal general de realizare a acestor contracte este dat de:

*-Directiva 92/50/EEC din 18 iunie 1992 referitoare la coordonarea procedurilor pentru incheierea **contractelor de servicii publice**¹; -Directiva 2001 de completare si modificare a Directiva 92/50/EEC din 18 iunie 1992 referitoare la coordonarea procedurilor pentru incheierea contractelor de servicii publice;*

*-Directiva 93/36/EEC din 14 iunie 1993 pentru coordonarea procedurilor de incheiere a **contractelor de achizitii publice**²;*

*- Directiva Consiliului 93/37/EEC din 14 iunie 1993 cu privire la coordonarea procedurilor pentru incheierea **contractelor de lucrari publice**;*

-Directiva Consiliului si a Parlamentului European 97/52/EC din 13 octombrie 1997;

*-Comunicarea de interpretare a Comisiei cu privire **la concesiunile in dreptul comunitar** din 29.04.2000.(200/C121/02);*

-Directiva 89/665 privind contractele de servicii publice, modificată prin Directiva 92/50/EEC;

nr. 3, pag. 54-57, 2007;

- D. Mazilu, Libera circulatie a marfurilor - exigenta fundamentala a comertului european si mondial. Contracte de achizitie publica, contractele de concesiune de lucrari publice, contractele de concesiune de lucrari publice, contractele de concesiune de servicii, Revista de drept comercial v. 17, nr. 1, pag. 87-102, 2007;

-C. B. Parvu, Concesionarea serviciilor si lucrarilor publice, Economie si administratie locala, nr. 4, pag. 21-24, 2008;

- C.S. Sararu, Contracte de asociere intre persoanele juridice de drept public si de drept privat,Economie si administratie locala, nr. 1, pag. 57-59, 2008

-C.S. Sararu, Contractul de concesiune in legislatia Uniunii Europene,Economie si administratie locala,nr.6, pag.55-57,2006;

-M. Moceanu, Incheierea contractelor de lucrari in Romania dupa modelul european, Tribuna economica, nr. 16, p. 82-84, 2006;

-D. Patroi, Legislatia in domeniul achizitiilor publice prin prisma modificarilor aduse de ordonanata de urgenta a Guvernului nr 94/2007, Revista Finante Publice si Contabilitate, nr.1, pag.16-23, 2008;

-D. Dinca, Modalitati de gestiune a serviciilor publice, Economie si administratie locala, nr. 3, p. 28-29, 2006;

-D. Patroi, Sursele de risc de fraudă si coruptie in activitatea de achizitii publice, Revista finante publice si contabilitate, nr.11-12, pag.30-35, 2006;

-S. Constantin, Tipuri de contracte de achizitie publica, Tribuna economica, nr. 8, pag. 81-84, 2007;

-C. Sararu, Încălcarea legislatiei comunitare în domeniul achizitiilor publice. Proceduri de contestare, articol în Revista Economie si Administratie Locală, nr. 4 din 2007, pag. 47-50;

-A Dumitrescu, Responsabilitatea autoritatilor publice locale pentru organizarea si gestionarea serviciilor publice comunitare de interes general,suport curs,curs formare administratie publica,Miercurea Ciuc,25-30 sept.2008;

-Dacian Cosmin Dragoș, Contractul de achiziție publică, Curierul Judiciar nr.2/2002;

-Dacian Cosmin Dragoș, Cu privire la Fondul Român de Dezvoltare Socială și la contractul de grant, Rev.Dreptul nr. 5 / 2000;

-Dacian Cosmin Dragoș, Împrumuturile externe contractate de autoritățile locale, în Caietul Stiințific al Institutului de Stiințe Administrative al României, nr. 2, Sibiu, 2000;

¹EUR-lex,europa.eu

² Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, II/1301,16.3.2007 RO.

-Directiva 89/665 privind contractele de servicii publice, modificată prin Directiva 92/50/EEC;

-Directiva Consiliului 93/36/EEC din 14 iunie 1993 de **coordonare a procedurilor pentru acordarea contractelor de furnizare de necesități publice**;

-Directiva Consiliului 93/38/EEC din 14 iunie 1993 de coordonare a procedurilor de **achiziție** ale entităților care operează în sectoarele: **apă, energie, transport și telecomunicații**¹;

-Directiva nr. 17/2004/CE² privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de lucrări, de furnizare și de servicii și de modificare a Directivei 93/36/EEC din 14 iunie 1993;

-Directiva nr. 18/2004/CE³ privind coordonarea procedurilor de achiziție publică aplicate de entități care operează în sectoarele apă, energie, transport și servicii postale;

Managementul desfășurării acestor contracte în care sunt implicate fonduri UE este controlat de Curtea de Conturi a Comunităților Europene care realizează unele rapoarte cum ar fi de exemplu "Special Report No 10/2000 on the public contracts awarded by the Joint Research Centre, together with the Commission's replies" (2000/C172/01).

La 10 mai 2000, Comisia Europeană a adoptat un pachet legislativ destinat să simplifice și să modernizeze Directivele referitoare la Achiziții. Propunerile legislative au trecut prin diversele etape de parcurs în Parlamentul și Consiliul European.

Tările candidate la integrarea în Uniunea Europeană au fost sfătuite de Comisie să continue să transpună Directivele existente în legislația lor națională.

Aceste reglementări esențiale pentru achiziții includ două Directive care tratează în mod particular remediile.

„Directivele referitoare la Remedii” au menirea să asigure faptul că o achiziție care nu este realizată corect și transparent va fi remediată prin procedurile de analizare.

Obiectivul general al Directivelor referitoare la Remedii este asigurarea existenței unor remedii eficiente și rapide.

Trebuiau elaborate proceduri naționale de analizare care să îndeplinească obiectivele Directivelor CE referitoare la Remedii pentru a asigura realizarea corectă a achizițiilor publice. Acestea trebuie să fie conforme cu procedurile naționale de achiziții, bazate, la rândul lor, pe legislația CE.

În elaborarea și implementarea procedurilor de analizare, țările trebuie să ia în considerare următoarele:

I. Mecanismul de analizare a reclamațiilor. Trebuie înființate unul sau mai multe organisme independente (administrative sau judecătorești) pentru a analiza cazurile și a cere o acțiune corectoare (putând utiliza amenințarea cu penalizări pentru neconformare). Autoritatea de a acorda daune trebuie să rămână în competența tribunalului.

II. Tipuri de organisme de analizare. Înființarea unui organism independent este o recunoaștere a necesității unor cunoștințe profesionale specifice în tratarea reclamațiilor precum și a nevoii unei acțiuni rapide.

¹ Public Procurement Review Procedures, SIGMA PAPER NO.30 copyright OECD 2000.

² Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr.L134 din 30.04.2004.

³ Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr.L134 din 30.04.2004.

III. Eligibilitatea pentru intentarea unei acțiuni în justiție. Dreptul de a da în judecată trebuie acordat tuturor furnizorilor, însă unele țări central și est europene pot prefera să permită acțiunea din oficiu a autorității naționale de supraveghere.

IV. S-a pus problema dacă sunt necesare "Remedii disponibile" pentru toate contractele sau numai pentru cele care depășesc pragurile valorice CE?

Marea majoritate a contractelor (de achiziții publice încheiate de autoritățile contractante est europene) sunt sub aceste praguri, așa încât ar fi recomandabilă permiterea analizării indiferent de mărimea contractului.

V. Limita de timp pentru utilizarea procedurii de analizare. Acțiunea corectoare trebuie să fie disponibilă cel puțin până la data când s-a încheiat contractul.

VI. Relația cu procedurile bazate pe Modelul UNCITRAL¹.

Părțile care au deja proceduri de analizare bazate pe Legislația Model UNCITRAL 3.

Cele șase puncte de mai sus vin în sprijinul obiectivului Directivelor referitoare la Remedii de aplicare a legislației CE în domeniul achizițiilor; remediile sunt de natură juridică și sunt menite să servească interesului fiecărei părți de a obține valoare contra banilor în achizițiile publice.

Legislația națională privind achizițiile publice și procedurile de analizare care o susțin nu trebuie să fie considerate în sine suficiente; părțile sunt sfătuite să se asigure că procedurile sunt sprijinite de structuri organizatorice eficiente și bine administrate și că sunt funcționale sisteme preventive și eficiente de control administrativ și audit intern.

În plus, părțile trebuie să ia măsuri pentru modernizarea calificărilor și experienței funcționarilor oficiali care se ocupă cu achizițiile prin proceduri de angajare și programe de pregătire bine orientate.

În concluzie se recomandă noilor membri ca mai degrabă să adapteze aceste proceduri decât să construiască un sistem complet nou.

B. Reglementarea comunitară generală în materie

a. Art.1 (a) din Directiva 93/37/EEC definește contractul public ca fiind un **contract pecuniar încheiat între contractor și autoritatea contractantă care are ca scop executarea sau /și executarea și proiectarea lucrărilor cu privire la una din activitățile la care se face referire în Anexa II, sau executarea oricărei lucrări care se referă la necesitățile specificate de către autoritatea contractantă.**

Autoritățile contractante pot fi un stat membru, autoritățile locale sau regionale, institutii în care predomină dreptul public, asociații formate din mai multe autorități.

O instituție guvernată de dreptul public este o instituție formată în scopul de a îndeplini nevoile de interes general, fără a avea un caracter industrial sau comercial, având un statut legal și fiind finanțată majoritar de către stat sau de către autoritățile locale sau regionale sau de alte institutii guvernate de dreptul public sau subiecte al caror management este supervizat de aceste institutii.

¹ La începutul anilor 90, majoritatea țărilor central și est europene au ales să-și modeleze legislația privind achizițiile publice după acest model legislativ.

Prin UNCITRAL se înțelege Comisia Națiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internațional. Pentru informații suplimentare privind Legislația Model UNCITRAL referitoare la Achizițiile de Bunuri, Construcții și Servicii cu Ghidul de Promulgare, accesați website-ul UNCITRAL la adresa <http://www.uncitral.org>.

Lista cu institutiile contractante, guvernate de dreptul public sunt prevazute in Anexa I la directiva.

Aceasta lista are un caracter orientativ, ea putand fi largita in conditiile prevazute de Directiva.

Statele membre vor anunta periodic Comisia asupra oricarei schimbari a listei referitoare la institutii.

b. Contractul de concesiune este considerat in general o specie a contractelor administrative.Art.1 lit.(d) din Directiva 93/37/EEC defineste **concesiunea publica ca fiind un contract public in care contractantului i se confera dreptul de a exploata lucrarea concomitent cu obligatia de plata.**

c. Aceeasi directiva mai prevede criteriile de participare si selectie a contractantilor precum si modele de contracte publice.

Selectarea candidatilor trebuie sa se faca dupa criterii calitative care sa fie facute publice astfel incat sa se asigure toate garantiile pentru o competitie corecta.

d. Anuntul concesiunii trebuie publicat in Jurnalul Oficial al Comunitatilor Europene.De asemenea se instituie **procedura informarii motivate a candidatilor eliminati ale caror cereri au fost descalificate** (art.8).

e. In absenta standardelor europene in domeniul tehnic se vor aplica specificatiile tehnice nationale in acord cu principiile generale europene si dezideratele comune ale membrilor (art.10).

f. Comunicarea de interpretare a Comisiei cu privire la **concesiunile** in dreptul comunitar din 29.04.2000 pune accentul in mod deosebit pe respectarea in procedura de alegere a contractului a **principiilor nediscriminarii, egalitatii de tratament, asigurarii transparente, principiul proportionalitatii si incheierea contractului intuitu personae.**Un alt principiu consacrat este cel al **recunoasterii mutuale** (mutual recognition) care consta in faptul ca statele membre trebuie sa accepte produsele si serviciile furnizate de catre operatorii economici in alte tari comunitare, daca produsele si serviciile se gasesc la standardele statului care le receptioneaza.

Aplicarea acestui principiu la concesiuni implica, in particular, ca statul membru in care serviciul este furnizat trebuie sa **accepte specificatiile tehnice, atestatele, diplomele, certificatele si recunoasterile profesionale obtinute intr-un alt stat membru** daca sunt echivalente cu cele din statul unde serviciul este furnizat.

g. Interpretarea Comisiei precizeaza ca legislatia UE nu interzice statelor membre sa incheie concesiuni dupa metode proprii, dar care trebuie sa fie compatibile cu Dreptul Comunitar.De asemenea unele state considera ca prevederile Directivei 93/37/EEC **nu se aplica contractelor incheiate intre autoritatile publice si alte persoane legale guvernate de dreptul public** (cocontractorul autoritatii nu ar putea fi in viziunea acestora decat o persoana privata).Comisia atrage atentia prin interpretarea sa ca **potentialul cocontractant (concesionar) poate fi atat o persoana privata cat si o persoana guvernata de dreptul public (stabiliment public), lucru care rezulta din combinarea art.3 (3) cu art.3 (1) din Directiva 93/37/EEC.**

h. Curtea de Conturi Comunitatilor Europene analizeaza legalitatea si calitatea managementului financiar(deci inclusiv oportunitatea angajarii unor cheltuieli) bazat pe fondurile UE, in legatura cu formalitatile prelabile, incheierea contractului si monitorizarea executarii acestuia.In raportul mentionat mai sus (Joint Research Centre), Curtea **critica procedura subconcesionarii, considerand ca nu este in concordanta cu**

filosofia legala a contractelor publice (desi **directivele nu interzic expres subcontractarea**, se considera ca selectia facuta de autoritatea publica este **intuitu personae**, in considerarea calitatilor personale ale autoritatii contractante) si in plus, atrage costuri aditionale. In general se observa necesitatea impunerii ca un principiu de drept public in tarile europene, **imposibilitatea subcontractarii** fara acordul expres al autoritatii subcontractante.

i. În conformitate cu articolul 9 alineatul (4) si cu anexa IV la Directiva 93/36 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achizitii publice de bunuri (astfel cum a fost modificată prin Directiva 2001/78), **anuntul de participare** referitor la un contract de achizitii publice trebuie să precizeze cantitatea totală (volumul) sau întinderea (durata) acestui contract.

Lipsa unei astfel de indicatii trebuie să poată face **obiectul unei căi de atac** în temeiul articolului 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 privind coordonarea actelor cu putere de lege si a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achizitii publice de produse si a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 92/50 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achizitii publice de servicii¹.

j. Directiva 89/665, astfel cum a fost modificată prin Directiva 92/50, în special articolul 1 alineatele (1) si (3) din aceasta, se opune ca **o normă de decădere prevăzută de dreptul national** să fie aplicată astfel **încât să se refuze accesul unui ofertant la o cale de atac privind alegerea procedurii de atribuire a unui contract de achizitii publice sau estimarea valorii acelui contract, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a indicat în mod clar persoanei interesate cantitatea totală sau întinderea contractului respectiv**².

Un anunt de participare lipsit de orice informatie referitoare la valoarea estimată a contractului, urmat de un comportament evaziv al autorității contractante în fata întrebărilor unui ofertant potential, trebuie considerat, având în vedere existenta unui termen de decădere, ca făcând excesiv de dificilă exercitarea de către ofertantul interesat a drepturilor care îi sunt conferite de sistemul juridic comunitar. Desi o normă natională de decădere poate, în principiu, să fie considerată conformă dreptului comunitar, aplicarea acestei norme în cazul unui ofertant în astfel de împrejurări nu satisface cerinta eficientei care decurge din Directiva 89/665³.

¹ In accordance with Article 9(4) of and Annex IV to Directive 93/36 coordinating procedures for the award of public supply contracts, as amended by Directive 2001/78, the contract notice concerning a contract within the scope of that directive must state the total quantity or scope of that contract. The absence of such an indication must be capable of being reviewed under Article 1(1) of Directive 89/665 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts, as amended by Directive 92/50 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts, (see para. 44, operative part 1).

² Directive 89/665, as amended by Directive 92/50, particularly Article 1(1) and (3) thereof, precludes a limitation period laid down by national law from being applied in such a way that a tenderer is refused access to a review concerning the choice of procedure for awarding a public contract or the estimate of the value of that contract, where the contracting authority has not clearly stated the total quantity or scope of the contract to the person concerned.

³ A contract notice lacking any information as to the estimated value of the contract, followed by evasive conduct by the contracting authority in response to the questions of a potential tenderer

Directiva 89/665, modificată prin Directiva 92/50, în special articolul 1 alineatele (1) și (3) din aceasta, se opune ca o normă de decădere prevăzută de dreptul național pentru căile de atac privind alegerea procedurii de atribuire a unui contract de achiziții publice sau estimarea valorii aceluși contract să fie extinsă în mod general asupra căilor de atac privind deciziile autorității contractante, inclusiv cele intervenite în cursul fazelor procedurii de atribuire ulterioare termenului stabilit prin această normă de decădere¹.

Aplicarea unei norme care stabilește **ca termen de decădere expirarea termenului de depunere a candidaturii sau de prezentare a ofertelor** astfel încât să o extindă în privința tuturor deciziilor care pot fi luate de autoritatea contractantă pe tot parcursul procedurii de atribuire a unui contract de achiziții publice face practic imposibilă exercitarea drepturilor conferite persoanei interesate de dreptul comunitar în ceea ce privește neregularitățile care nu pot avea loc decât după expirarea termenului de prezentare a ofertelor și este, prin urmare, contrară Directivei 89/665².

k. Directivele nr.2004/17/CE și nr.2004/18/CE fac diferența între tipurile de contracte de concesiune. Astfel legislația prevede posibilitatea încheierii contractelor privind concesiunea lucrărilor și serviciilor publice (reglementate de O.U.G. nr.34/2006) și bunurilor publice.

Contractul de concesiune de lucrări publice este un contract prin care concesiionarul, în contrapartida lucrărilor executate, primește din partea autorității contractante, în calitate de concedent, dreptul de a exploata rezultatul lucrărilor pe o perioadă determinată sau acest drept însoțit de plata unei sume de bani prestabilite.

Contractul de concesiune de servicii este un contract prin care concesiionarul, în contrapartida serviciilor prestate, primește din partea autorității contractante, în calitate de concedent, dreptul de a exploata serviciile pe o perioadă determinată sau acest drept însoțit de plata unei sume de bani prestabilite.

Pentru cele două tipuri de contracte definite mai sus procedura atribuirii lor este aceeași cu cea a contractelor de achiziții publice, având în vedere reglementarea comună prin O.U.G. nr. 34/2006.

must be considered, in view of the existence of a limitation period, as rendering excessively difficult the exercise by the tenderer concerned of the rights conferred on him by Community law. Even if a national limitation rule may in principle be considered to comply with Community law, its application to a tenderer in such circumstances does not satisfy the requirement of effectiveness under Directive 89/665. (see paras 55-57, 64, operative part 2)

¹ Directive 89/665, as amended by Directive 92/50, particularly Article 1(1) and (3) thereof, precludes a limitation period laid down by national law for actions concerning the choice of procedure for awarding a public contract or the estimate of the value of that contract from being extended generally to cover the review of decisions of the contracting authority, including those occurring in stages of an award procedure after the end of that limitation period.

² To apply a rule fixing as the end of the limitation period the expiry of the period for bidding or for applying to participate, in such a way as to extend it to all decisions capable of being taken by the contracting authority throughout the procedure for the award of a public contract, makes it virtually impossible for the person concerned to exercise the rights accorded him by Community law in respect of the irregularities which can occur only after the expiry of the time-limit for submitting tenders, and is accordingly contrary to Directive 89/665, (see paras 45, 58, 60-61, 64, operative part 2).

Contractul de concesiune de bunuri proprietate publica este acel contract incheiat in forma scrisa prin care o autoritate publica, denumita concedent, transmite, pe o perioada determinata, unei persoane, denumite concesionar, care actioneaza pe riscul si raspunderea sa, dreptul si obligatia de explatare a unui bun proprietate publica in schimbul unei redevente.

I.Avand in vedere obligatiile asumate de tara noastra prin aderarea la Uniunea Europeana, a trebuit ca si sistemul achizitiilor publice sa fie modificat conform cerintelor comunitare.Astfel O.U.G. nr.34/2006 a fost inspirata din Directiva nr.2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de lucrari, de furnizare si de servicii si din Directiva nr.2004/17/CE privind coordonarea procedurilor de acizitie aplicate de entitatile care opereaza in sectoarele apa, energie, transport si servicii postale, publicate in Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (JOUE) NR.L 134 din 30 aprilie 2004.

Potrivit acestui act normativ autoritatile publice (deci toate autoritatile, nu numai cele ale administratiei publice) si institutiile publice au obligatia de a organiza in principal licitatie publica, in cazul achizitionarii de bunuri lucrari si servicii.

Procedurile de atribuire a contractului de achizitie publica sunt:

► licitatie deschisa, respectiv procedura la care orice operator economic interesat are dreptul de a depune oferta;

► licitatie restransa, respectiv procedura la care orice operator economic are dreptul de a-si depune candidatura, urmand ca numai candidatii selectati sa aiba dreptul de a depune oferta;

► dialogul competitiv, respectiv procedura la care orice operator economic are dreptul de a-si depune candidatura si prin care autoritatea contractanta conduce un dialog cu candidatii admisi, in scopul identificarii unei sau mai multor solutii apte sa raspunda necesitatilor sale, urmand ca, pe baza solutiei/solutiilor, candidatii selectati sa elaboreze oferta finala;

► negocierea, respectiv procedura prin care autoritatea contractanta deruleaza consultari cu candidatii selectati si negociaza clauzele contractuale, inclusiv pretul, cu unul sau mai multi dintre acestia.Negocierea poate fi:

-negociere cu publicarea prealabila a unui anunt de participare;

-negociere fara publicarea prealabila a unui anunt de participare.

► cererea de oferte, respectiv procedura simplificata prin care autoritatea contractanta solicita oferte de la mai multi operatori economici;

► concursul de solutii, respectiv o procedura speciala prin care autoritatea contrcatanta achizitioneaza, indeosebi in domeniul amenajarii teritoriului, al proiectarii urbanistice si peisagistice, al arhitecturii sau in cel al prelucrarii datelor, un plan sau un proiect, prin selectarea acestuia pe baze concurentiale de catre un juriu, cu sau fara acordarea de premii.

3.Reglementarea contractelor administrative in dreptul român pozitiv

Textul lit.c) a alin.(1) a art.2 al Legii nr.554/2004 limiteaza categoriile de contracte incheiate de autoritatile publice care sunt supuse jurisdictiei instantelor de contencios administrativ.In determinarea si limitarea contractelor care intra sub jurisdictia instantelor de contencios administrativ legiuitorul are in vedere criteriul obiectului acestora si anume:

-punerea in valoare a bunurilor proprietate publica;

-executarea lucrarilor de interes public;

- prestarea serviciilor publice;
- achizițiile publice.

În cazul contractelor de **împrumut public**, natura lor este evident administrativă, de drept public, în acest sens pronunțându-se și autori francezi.

În doctrina juridică, sunt de asemenea apreciate de unii autori ca având natură juridică administrativă unele contracte din **domeniul transportului¹ public** și al finanțării nerambursabile (contracte de **finanțare nerambursabilă**, contractele de **grant²** și contractele de **colaborare în vederea acordării unui ajutor financiar³**) încheiate de autorități ale administrației publice în regim de drept administrativ.

Raporturile dintre S.N.C.F.R. și instituțiile publice se reglementează pe baza contractului de activitate al Societății Naționale a Căilor Ferate Române, încheiat între Ministerul Transporturilor, în calitate de reprezentant al Guvernului, și S.N.C.F.R. Contractul de activitate al S.N.C.F.R. se întocmește de către S.N.C.F.R. împreună cu Ministerul Transporturilor.

Contractele de **finanțare nerambursabilă** sunt un contract prin care în cadrul unei proceduri administrative o autoritate publică oferă cu titlu nerambursabil o sumă de bani unui beneficiar care are obligația de a derula proiectul pentru care a obținut finanțarea.

O parte a contractului este, obligatoriu, autoritate publică, domeniul de competență al acesteia impunând specificul contractului. Adesea sumele de bani provin total sau parțial din fonduri comunitare, iar prevederile contractului au putere deplină pentru părți și se constituie între acestea ca norme cu caracter tehnic, financiar și administrativ.

Legat de o variantă a acestor contracte în doctrină s-a aratat că "contractul de grant este acel contract încheiat între Fondul Roman de Dezvoltare Socială și reprezentanții comunităților rurale și grupurilor dezavantajate în temeiul căruia Fondul transmite beneficiarilor sau, după caz, organizațiilor intermediare, cu titlu gratuit, sume de bani denumite granturi, în scopul exclusiv al executării proiectelor aprobate⁴.

Cum deja s-a aratat, dispozițiile Legii nr.554/2004 au în vedere și contractele care pun în valoare bunurile proprietate publică.

Contracte de **concesiune de lucrări publice** și contractele de **concesiune de servicii** sunt reglementate prin dispozițiile O.U.G.nr.34 din 19.04.2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (aprobate și modificate prin Legea nr.337/2006). În scopul aplicării ordonanței, Guvernul a emis Normele metodologice cadru, aprobate prin H.G. nr. 925 din 19.07.2006.

¹ Acest tip de convenție este considerată în doctrină ca reprezentând un contract administrativ de transport (Drept administrativ-curs I.D.,—I.Corbeanu-Principalele contracte administrative).

² I.Corbeanu-Drept administrativ : partea specială-Curs on-line.

³ Privind acordarea de fonduri publice, aceste contracte sunt supuse unui regim juridic administrativ. Autoritatea urmează o procedură administrativă, iar cealaltă parte colaboratoare trebuie să desfășoare în mod obligatoriu, utilizând fondurile alocate de autoritatea administrației publice locale, o anumită activitate de utilitate publică.

⁴ I.Corbeanu-Drept administrativ: partea specială-Curs on-line.

O.U.G. nr. 54 din 28 iunie 2006 privind regimul contractelor **de concesiune de bunuri proprietate publică** a adus o noua reglementare concesiunii bunurilor proprietate publică a statului și a unităților administrativ-teritoriale¹.

Acordarea, încheierea și executarea contractelor de închiriere care privesc bunuri din proprietatea statului și în care un organ de stat este parte, face obiectul reglementării mai multor acte normative dintre care cele mai importante cu un caracter general în această materie sunt:

- Legea nr. 213/1998, privind proprietatea publică și regimul juridic al acesteia;
- Legea nr. 215/2001 privind administrația publică locală.

Prin aceste contracte, o autoritate publică centrală sau locală se obligă să asigure unei persoane de drept privat folosința temporară, totală sau parțială a unui bun aflat în proprietatea publică a statului, în schimbul unei sume de bani numită chirie.

Prin norme continute în legi speciale², contractele de **parteneriat public-privat (PPP)** și contractele de **parteneriat public-privat pentru concesiunea de lucrări** au fost date în soluționarea instanțelor de contencios administrativ.

Contractul de parteneriat public-privat pentru concesiunea de lucrări a fost un contract ce avea ca obiect executia sau, după caz, atât proiectarea, cât și executia uneia sau mai multor lucrări de construcții, așa cum erau acestea cuprinse în clasificările statistice oficiale, ori executia prin orice mijloace a oricărei combinații a acestor lucrări de construcții, care corespundeau cerințelor autorității contractantului care conduceau la un rezultat menit să îndeplinească, prin el însuși, o funcție tehnico-economică. În contrapartida lucrărilor executate, contractantul, în calitate de concesionar, primea dreptul de a exploata rezultatul lucrărilor, în totalitate sau în parte, drept la care se putea adăuga, după caz, plata unei sume.

După 1989, autoritățile administrației publice au încheiat o multitudine de contracte care priveau punerea în valoare a bunurilor proprietate publică. Unele dintre acestea, permiteau evitarea procedurii licitației publice iar calificarea lor s-a dovedit dificilă. Astfel de contracte sunt:

Contractele de locație a gestiunii, apreciate ca fiind de natură juridică administrativă³ dacă aveau ca obiect cedarea folosinței unor bunuri proprietate publică.

Aceste contracte, rar întâlnite în prezent, au fost încheiate în mod frecvent în anii 90.

Aceste contracte sunt prevăzute de Legea nr. 15/1990 privind reorganizarea unităților economice de stat ca regiilor autonome și societăți comerciale și reglementate de H.G.,

¹ În cazul unui contract a cărui atribuire intră sub incidența prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 pentru a cărui executare este necesară exploatarea unui bun proprietate publică, dreptul de exploatare a respectivului bun se transmite în cadrul și potrivit procedurii aplicate pentru atribuirea contractului în cauză.

² Contractele de parteneriat public-privat erau reglementate de O.G. nr. 16/2002 privind contractele de parteneriat public-privat, act normativ modificat prin Legea nr. 470/2002 (lege de aprobare a ordonanței) și prin Legea nr. 528/2004 pentru modificarea și completarea O.G. nr. 16/2002 privind contractele de parteneriat public-privat, precum și a Legii nr. 219/1998 privind regimul concesiunilor.

Notiunea de contract de parteneriat public-privat pentru concesiunea de lucrări a fost introdusă prin dispozițiile Legii nr. 528/2004 pentru modificarea și completarea O.G. nr. 16/2002 privind contractele de parteneriat public-privat, precum și a Legii nr. 219/1998 privind regimul concesiunilor.

³ A se vedea în acest sens A. Negoita, *Drept administrativ*, Ed. Silvy, București, pag. 160.

nr.1228/1990 privind metodologia concesiunii,închirierii si locatiunii de gestiune,fiind de asemenea mentionate si in diferite alte acte normative¹;

Contractele de asociere în participațiune privind bunuri proprietate publica ori care au drept scop realizarea unor obiective² de interes public.

În baza dispozițiilor art. 20 lit. v și art. 28(2) și art. 63 lit. t din Legea nr.69/1991 (completata prin Ordonanta Guvernului nr.22/1997), consiliile locale și județene au încheiat numeroase contracte de asociere în participațiune.

Unele dintre aceste contracte prezintă caracteristicile unor contracte de drept privat, supuse unui regim juridic civil,³ altele cuprind elementele definitorii ale unor contracte administrative.

Contractele de **parteneriat privind domeniul public** încheiate de autoritățile administrației publice.

Legea nr.215/2001 privind administrația publică locală, republicată, în cadrul art.36, alin.7 litera a) stabilește ca”consiliul local poate hotărî asocierea cu persoane juridice în vederea realizării unor lucrări de interes public local.

Consiliile locale au încheiat astfel de contracte în baza dispozițiilor art.36, alin.2, litera c și alin.7 litera a și a art.45 din Legea 215/2001 privind administrația publică locală republicată.

Această categorie de contracte încheiate de autoritățile administrației publice locale pot privi operațiuni care implică ocuparea domeniului public;

Contractele încheiate de autoritățile administrației publice **privind cedarea dreptului de administrare** asupra unui bun din domeniul public.

Privind un drept real asupra domeniului public, încheierea unui asemenea contract implică aplicarea regimului juridic administrativ. Obiectul prezentului contract îl constituie cedarea, cu titlu gratuit, a dreptului de administrare asupra unui sau mai multor bunuri proprietate publică;

Contractele de colaborare încheiate de autoritățile administrației publice privind realizarea punerii în valoare a domeniului public.

Obiectul contractelor îl reprezintă colaborarea partilor contractante, în scopul exploatării unui bun proprietate publică, care își asumă obligația contractuală de a asigura unul altuia, reciproc, anumite servicii cu respectarea termenelor și condițiilor prevăzute în contract.

Se poate concluziona așadar, că și în dreptul actual, aplicațiile noțiunii de contract administrativ nu se rezumă doar la contractele de concesiune de servicii și lucrări publice

¹ Art.22 din H.G.nr.1228/1990 prevede că “prin contractul de locație a gestiunii, regia autonomă sau societatea comercială acordă unei sau mai multor persoane fizice sau persoane juridice, române sau străine, gestionarea unor secții, uzine, fabrici ori a altor subunități”.

² Uneori astfel de contracte se încheie între două autorități ale administrației publice locale și pot precede inițierea și aplicarea procedurii de achiziție publică (reglementată de art. 110, alin. 1), lit. (c) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii), în vederea contractării unui împrumut de către autoritățile contractante.

³ A se vedea în acest sens T. Mrejeru, D.A.P. Florescu, R. Lazăr, B. Mrejeru – Contractul de asociere în participațiune intern și internațional, legislație și jurisprudență comentată, Ed. Continent, XXI, București, 2000.

sau la ansamblul contractelor de achizitii publice,ci ele se regasesc intr-o varietate de contracte pe care administratia le incheie cu terte persoane.

Recent a fost reglementat si in dreptul român contractul de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilități publice.

Delegarea gestiunii serviciilor comunitare de utilități publice este reglementata prin mai multe acte normative dintre care mentionez:

-Legea nr. 51/2006 din 08/03/2006 privind serviciilor comunitare de utilități publice;

-Legea nr. 241/2006, privind realizarea serviciului de alimentare cu apa si de canalizare;

-H.G. nr.717 din 2008 privind aprobarea procedurii cadru privind organizarea, derularea si atribuirea contractelor de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilitati publice.

Serviciile comunitare de utilitati publice sunt definite ca totalitatea activitatilor

de utilitate si interes public general, desfasurate la nivelul comunelor, oraselor, municipiilor sau judetelor sub conducerea, coordonarea si responsabilitatea autoritatilor administratiei publice locale, in scopul satisfacerii cerintelor comunitatilor locale, prin care se asigura urmatoarele utilitati:alimentarea cu apa;canalizarea si epurarea apelor uzate; colectarea, canalizarea si evacuarea apelor pluviale;productia, transportul, distributia si furnizarea de energie termica in sistem centralizat;salubritatea localitatilor;iluminatul public;administrarea domeniului public si privat al unitatilor administrativ-teritoriale, precum si altele asemenea;ransportul public local.

4.Aplicarea reglementarilor U.E. privind contractele administrative in dreptul român pozitiv

A.Art.1 (a) din Directiva 93/37/EEC defineste contractul public ca fiind un contract pecuniar incheiat intre contractor si autoritatea contractanta care are ca scop executarea sau /si executarea si proiectarea lucrarilor cu privire la una din activitatile la care se face referire in Anexa II, sau executarea oricarei lucrari care se refera la necesitatile specificate de catre autoritatea contractanta.

Autoritatile contractante pot fi un stat membru, autoritatile locale sau regionale, institutii in care predomina dreptul public, asociatii formate din mai multe autoritati.

Acestei notiuni, in dreptul roman i s-a acordat un sens mai restrins,inspirind (asemenea dreptului francez) definirea contractului de achizitii publice (si a contractelor asimilate acestuia) precum si definirea contractului de parteneriat public-privat pentru concesiunea de lucrari.

In dreptul român pozitiv contractul de achizitie publica este definit ca find acel contract cu titlu oneros, incheiat in scris intre una sau mai multe autoritati contractante, pe de-o parte, si unul sau mai multi operatori economici, pe de alta parte, avand ca obiect executia de lucrari, furnizarea de produse sau prestarea de servicii¹.

Contractul de parteneriat public-privat pentru concesiunea de lucrări era definit ca find un contract ce are ca obiect execuția sau,după caz, atât proiectarea cât și execuția uneia sau mai multor lucrări de construcții, așa cum sunt acestea cuprinse în clasificările statistice oficiale, ori execuția prin orice mijloace a oricărei combinații a acestor lucrări de

¹ L.Giurgiu,Drept administrativ,editia a VIII-a, Ed.Prouniversitaria,Bucuresti,2008

construcții, care corespunde cerințelor autorității contractante și care conduce la un rezultat menit să îndeplinească, prin el însuși, o funcție tehnico-economică.

În contrapartida lucrărilor executate contractantul, în calitate de concesionar, primește dreptul de a exploata rezultatul lucrărilor, în totalitate sau în parte, drept la care se poate adăuga, după caz, plata unei sume.

B. Datorită inexistenței unei codificări a dreptului administrativ român în general și a materiei contractelor administrative în special, principiile aplicabile contractelor administrative nu se bucură de o reglementare unitară.

Totuși, reglementarea acestora este în general identică sau apropiată.

Reglementările comunitare care sunt mai stabile în acest domeniu decît legile române pun accentul în mod deosebit pe respectarea în procedura de alegere a contractului a principiilor **nediscriminării, egalității de tratament, asigurării transparenței, principiul proportionalității** și încheierea **contractului intuitu personae**. Un alt principiu consacrat este cel al **recunoașterii mutuale**.

Principiile care stau la baza procedurii delegării gestiunii serviciilor comunitare de utilități publice în dreptul român sunt:

-transparența - *punerea la dispoziția tuturor celor interesați a informațiilor referitoare la aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilități publice;*

-tratamentul egal - aplicarea, într-o manieră nediscriminatorie, de către delegatar a criteriilor de atribuire a contractului de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilități publice;

-proportionalitatea - presupune ca orice măsură stabilită de către delegatar trebuie să fie necesară și corespunzătoare naturii contractului;

-nediscriminarea - *aplicarea de către delegatar a aceluiași reguli, indiferent de forma de organizare, natura capitalului ori naționalitatea participanților la procedura de atribuire a contractului, cu respectarea condițiilor prevăzute în acordurile și convențiile la care România este parte;*

-libera concurență - asigurarea de către delegatar a condițiilor pentru ca orice operator să aibă dreptul de a participa la procedura de delegare, în condițiile legii, ale convențiilor și acordurilor internaționale la care România este parte.

Aceste principii sunt specifice adjudecării contractelor administrative, convenția reglementată de H.G.717 din 2008 intrînd în sfera contractului de delegare a gestiunii serviciilor de utilități publice din dreptul francez.

Ordonanța de urgență nr. 34/2006 din 19/04/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii a fost emisă avînd în vedere necesitatea adoptării unor măsuri urgente pentru elaborarea și promovarea unei noi legislații în domeniul achizițiilor publice, în contextul angajamentelor asumate de România în cadrul capitolului 1 "Libera circulație a mărfurilor"¹ și al recomandărilor Comisiei Europene.

¹Raportul Comprehensiv de Monitorizare 2005 privind România, pag. 31, lit D se prevede că în ceea ce privește achizițiile publice, eforturile legislative pentru realizarea alinierii legislative complete la *acquis* trebuie continuate. Aceasta se referă la transpunerea directivelor din 2004 privind achizițiile publice, precum și elaborarea unui cadru legal coerent și complet, inclusiv regulile armonizate privind concesiunile și parteneriatul public-privat, un cadru complet aliniat cu

Principiile care stau la baza atribuirii contractului de concesiune de servicii si de lucrari publice sunt cele prevazute si pentru achizițiile publice.

Acestea sunt:

- a) nediscriminarea;**
- b) tratamentul egal;**
- c) recunoasterea reciproca;**

d) transparenta; Autoritatea contractanta are obligatia de a asigura transparenta atribuirii contractelor de concesiune.

Procedura de atribuire a unui contract de concesiune se initiaza prin publicarea unui anunt de participare.

In cazul anunturilor de participare pentru care, in conformitate cu legea nu este obligatorie transmiterea spre publicare catre Jurnalul Oficial al Uniunii Europene , continutul acestora se stabileste prin hotarare a Guvernului.

Concedentul are obligația de a asigura protejarea acelor informații care îi sunt comunicate de persoanele fizice sau juridice cu titlu confidențial, în măsura în care, în mod obiectiv, dezvăluirea informațiilor în cauză ar prejudicia interesele legitime ale respectivelor persoane, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

- e) proportionalitatea ;**
- f) eficienta utilizarii fondurilor;**
- g) asumarea raspunderii.**

Raporturile contractuale dintre concedent și concesionar se bazează pe principiul echilibrului financiar al concesiunii între drepturile care îi sunt acordate concesionarului și obligațiile care îi sunt impuse.

privire la achizițiile electronice, precum și un mecanism de rezolvare a contestațiilor independent și eficient. Strategia de reformă a sistemului de achiziții publice pentru perioada 2005-2007 și planul de acțiune aferent sunt prevăzute pentru a completa procesul de armonizare legislativă și, în general, pentru a crește coerența, claritatea și eficiența legislativă într-un cadru juridic solid.

Implementarea legislației privind achizițiile publice rămâne un domeniu care dă motive serioase de îngrijorare, România trebuind să demonstreze angajarea continuă în respectarea totală și aplicarea completă a unor proceduri competitive și transparente pentru achizițiile publice. În trecut, un număr de cazuri au indicat utilizarea eronată a formelor de parteneriat public-privat și o desconsiderare a regulilor de achiziții: aceasta trebuie să înceteze. Sunt necesare eforturi importante pentru întărirea capacităților administrative atât a nivelurilor centrale cât și a celor operaționale din cadrul entităților achizitoare relevante. Procedurile administrative și sistemele de monitorizare și control a achizițiilor trebuie îmbunătățite substanțial. Strategia de reformă adoptată în august 2005, așa cum a fost completată cu planul de acțiuni cu măsuri concrete de implementare, poate fi considerată ca un pas în direcția bună odată ce a fost lansat și pus în practică.

În iulie 2005 s-a luat hotărârea de organizare a Autorității Naționale de Reglementare și Monitorizare a Achizițiilor Publice ca agenție centrală de achiziții, separată și independentă, având sarcini și responsabilități clare. România trebuie să asigure atât resursele necesare pentru buna funcționare a acestei instituții cât și pentru implementarea efectivă a legislației, prezente și viitoare, în domeniul achizițiilor publice de către această nouă autoritate încă de la începutul funcționării sale, în toamna lui 2005. Noua autoritate ar trebui, de asemenea, să îmbunătățească coordonarea între diferitele ministere implicate în achizițiile publice, să asigure o asistență mai bună și coerentă autorităților contractante și să supravezeze implementarea reformei achizițiilor publice problemă de maximă prioritate.

Concesionarul nu va fi obligat să suporte creșterea sarcinilor legate de execuția obligațiilor sale, în cazul în care această creștere rezultă în urma:

- a) unei măsuri dispuse de o autoritate publică;
- b) unui caz de forță majoră sau unui caz fortuit.

În reglementarea sa inițială, Legea nr.219/1998 (cadrul juridic anterior în materia concesiunii), nu prevedea aceste principii, ele fiind instituite prin Legea nr.528/2004 și ulterior prin O.G.nr.34 din 2006.

O.U.G. nr. 54 din 28 iunie 2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică a fost adoptată având în vedere necesitatea și urgența compatibilizării depline a legislației naționale în domeniul concesiunilor cu reglementările și practica comunitară, recomandarea Comisiei Europene de abrogare totală și expresă a Legii nr. 219/1998 privind regimul concesiunilor.

Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de concesiune de bunuri sunt:

a)transparența - punerea la dispoziție tuturor celor interesați a informațiilor referitoare la aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de concesiune;

Concedentul are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Informațiile pe care trebuie să le conțină documentația de atribuire sunt prevăzute în normele metodologice la O.U.G. nr. 54 din 28 iunie 2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică

Orice persoană interesată are dreptul de a transmite o solicitare de participare la procedura de atribuire a contractului de concesiune. Concedentul are obligația să asigure obținerea documentației de atribuire de către orice persoană interesată, care înaintează o solicitare în acest sens.

b)tratamentul egal - aplicarea, într-o manieră nediscriminatorie, de către autoritatea publică, a criteriilor de atribuire a contractului de concesiune;

c)proportionalitatea - presupune că orice măsură stabilită de autoritatea publică trebuie să fie necesară și corespunzătoare naturii contractului;

d)nediscriminarea - aplicarea de către autoritatea publică a aceluiași reguli, indiferent de naționalitatea participanților la procedura de atribuire a contractului de concesiune, cu respectarea condițiilor prevăzute în acordurile și convențiile la care România este parte;

e)libera concurență - asigurarea de către autoritatea publică a condițiilor pentru ca orice participant la procedura de atribuire să aibă dreptul de a deveni concesionar în condițiile legii, ale convențiilor și acordurilor internaționale la care România este parte.

Dreptul comunitar a ghidat și legislația privind contractele de parteneriat public-privat și contractele de parteneriat public-privat pentru concesiunea de lucrări (în prezent nereglementate)

Procedurile de adjudecare ale celor două contracte erau guvernate de cinci principii cu același conținut:transparența, tratamentul egal pentru toți ofertanții, proportionalitatea, recunoașterea mutuală (nediscriminarea în cazul concesiunii) și libera concurență.

Transparența, presupune punerea la dispoziția tuturor celor interesați a informațiilor referitoare la aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de parteneriat public-privat pentru concesiunea de lucrări.Principiul transparenței era în concordanță cu dispozițiile art.31 din Constituție în care, în alineatul (1) se prevedea ca “dreptul persoanei de a avea acces la orice informație de interes public nu poate fi îngreunat”.În alineatul (2) al aceluiași

articol din Constituție, se prevedea ca “autoritățile publice, potrivit competențelor ce le revin, sunt obligate să asigure informarea corectă a tuturor cetățenilor asupra treburilor publice și asupra problemelor de interes personal”.

Tratamentul egal pentru toți ofertanții, are în vedere aplicarea în mod nediscriminatoriu a criteriilor de selecție a criteriilor pentru atribuirea contractelor de parteneriat public-privat. Principiul tratamentului egal pentru toți ofertanții are drept bază constituțională regula “egalității de drepturi” prevăzută în art.16 alin.(1) din Constituție în care se prevede că “cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice fără privilegii și fără discriminări”.

Regula proportionalității presupune ca orice măsură cerută de către autoritatea publică să fie necesară și corespunzătoare naturii contractului. Principiul proportionalității este strâns legat de condiția oportunității care trebuie îndeplinită de către actele administrative. Aceasta implică și o utilizare corectă a fondurilor publice.

Principiul recunoașterii mutuale are în vedere acceptarea de către autoritatea publică a produselor și serviciilor oferite de candidații de altă naționalitate decât cea română. Acest lucru s-a realizat în condițiile prevăzute în acordurile și convențiile la care România este parte. Art.11 alin.(1) din Constituție prevede că “statul român se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună credință obligațiile ce-i revin din tratatele la care este parte”.

Regula liberei concurențe implică asigurarea condițiilor pentru ca orice candidat, indiferent de naționalitate, să aibă dreptul de a deveni, în condițiile legii, contractant. Principiul liberei concurențe se află în concordanță cu dispozițiile art.135 alin.(1) din Constituție, care prevede că “economia României este economie de piață, bazată pe liberă inițiativă și concurență”. Iar la litera a) a alin.(2) a aceluiași articol din Legea fundamentală se prevede că “statul trebuie să asigure: libertatea comerțului, protecția concurenței loiale, crearea cadrului favorabil pentru valorificarea tuturor factorilor de producție”.

Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt:

I.nediscriminarea;

II.tratamentul egal;

III.recunoașterea reciprocă;

IV.transparența; Autoritatea contractantă are obligația de a asigura obținerea documentației de atribuire de către orice operator economic interesat care înaintea o solicitare în acest sens.

Autoritatea contractantă are dreptul de a opta pentru una dintre următoarele modalități de obținere a documentației de atribuire de către operatorii economici:

-asigurarea accesului direct, nerestricționat și deplin, prin mijloace electronice, la conținutul documentației de atribuire;

-punerea la dispoziție a oricărui operator economic care a înaintat o solicitare în acest sens sau, după caz, caruia i s-a transmis o invitație de participare a unui exemplar din documentația de atribuire, pe suport hârtie și/sau pe suport magnetic.

În cel de-al doilea caz, autoritatea contractantă are dreptul de a stabili un pret pentru obținerea documentului de atribuire, cu condiția ca acest pret să nu depășească costul multiplicării documentației, la care se poate adăuga, dacă este cazul, costul transmiterii acesteia prin poșta.

V.proportionalitatea ;

VI.eficienta utilizarii fondurilor;

VII.asumarea raspunderii.

Principiile care guvernează atribuirea contractului de achiziție publică sunt prevazute la art.2 alin.(2) din O.U.G. nr.34/2006. Autoritatea contractanta are obligatia de a respecta aceste principii in relatia cu operatorii economici interesati sa participe la procedura de atribuire.

In procesul de aplicare a procedurilor de atribuire a contractelor de achizitie publica, orice situatie pentru care nu exista o reglementare explicita se interpreteaza prin prisma principiilor prevazute la art.2 alin.(2) din O.U.G.nr.34/2006.

C. Contractul de concesiune este considerat in general in legislatia comunitara ca fiind o specie a contractelor administrative.Art.1 lit.(d) din Directiva 93/37/EEC defineste concesiunea publica ca fiind un contract public in care contractantului i se confera dreptul de a exploata lucrarea concomitent cu obligatia de plata.

Si legiuitorul român apreciaza concesionarea serviciilor si lucrarilor publice ca find un contract administrativ.

Contractul de concesiune de lucrari publice este contractul care are aceleasi caracteristici ca si contractul de lucrari , cu deosebirea ca in contrapartida lucrarilor executate contractantul, in calitate de concesionar, primeste din partea autoritatii contractante, in calitate de concedent, dreptul de a exploata rezultatul lucrarilor sau acest drept insotit de plata unei sume de bani.

Contractul de concesiune de servicii este contractul care are aceleasi caracteristici ca si contractul de servicii, cu deosebirea ca in contrapartida serviciilor prestate contractantul, in calitate de concesionar,primeste din partea autoritatii contractante, in calitate de concedent, dreptul de a exploata serviciile sau acest drept insotit de plata unei sume de bani.

D. Directiva 93/37/EEC mai prevede criteriile de participare si selectie a contractantilor precum si modele de contracte publice.

Selectarea candidatilor trebuie sa se faca dupa criterii calitative care sa fie facute publice astfel incat sa se asigure toate garantiile pentru o competitie corecta.

Anuntul concesiunii trebuie publicat in Jurnalul Oficial al Comunitatilor Europene.De asemenea se instituie procedura informarii motivate a candidatilor eliminati ale caror cereri au fost descalificate (art.8).

In absenta standardelor europene in domeniul tehnic se vor aplica specificatiile tehnice nationale in acord cu principiile generale europene si dezideratele comune ale membrilor (art.10).

Si dreptul român a preluat dispozitiile comunitare instituind pentru cele mai importante contracte administrative principiul transparentei procedurii de adjudecare.

Autoritatea contractanta are obligatia de a asigura transparenta atribuirii contractelor de concesiune.

Procedura de atribuire a unui contract de concesiune se initiaza prin publicarea

Unui anunt de participare.

In cazul anunturilor de participare pentru care, in conformitate cu prevederile prezentei ordonante de urgenta, nu este obligatorie transmiterea spre publicare catre

Jurnalul Oficial al Uniunii Europene , continutul acestora se stabileste prin hotarare a Guvernului.

E. Unele state considera ca prevederile Directivei 93/37/EEC nu se aplica contractelor incheiate intre autoritatile publice si alte persoane legale guvernate de dreptul public (cocontractorul autoritatii nu ar putea fi in viziunea acestora decat o persoana privata).Comisia atrage atentia prin interpretarea sa ca potentialul cocontractant (concesionar) poate fi atat o persoana privata cat si o persoana guvernata de dreptul public (stabiliment public), lucru care rezulta din combinarea art.3 (3) cu art.3 (1) din Directiva 93/37/EEC.

In general,legiuitorul român accepta in prezent ideea de contract administrativ incheiat intre o autoritate publica si un serviciu public,institutie sau regie autonoma finantata de stat.

In unele cazuri,delegarea gestiunii serviciului public,darea in folosinta sau in administrare a unui bun public se va face prin act administrativ unilateral.

Calitatea de concesionar o poate avea orice persoană fizică sau persoană juridică, română ori străină¹.

Primarii pot fi obligati să emită actele administrative necesare pentru concesionarea, prin licitație publică, a unor bunuri,conform legii ori hotaririlor de consiliu local (ori ale Consiliului General al Municipiului București)².

Părțile în contractul de achiziție publică sunt pe de-o parte o autoritate contractanta iar pe de cealalta parte un operator economic.

Este autoritate contractanta:

a) oricare organism al statului- autoritate publica sau institutie publica-care actioneaza la nivel central ori la nivel regional sau local;

b) oricare organism de drept public, altul decat cele exceptate de lege, cu personalitate juridica, care a fost infiintat pentru a satisface nevoi de interes general fara caracter comercial sau industrial si care se afla cel putin in una dintre urmatoarele situatii:

- este finantat, in majoritate, de catre o autoritate contractanta sau de catre un alt organism de drept public;
- se afla in subordinea sau este supusa controlului unei autoritati contractante sau unui alt organism de drept public;

¹ Contractul de concesiune se încheie în conformitate cu legea română, indiferent de naționalitatea sau de cetățenia concesionarului, pentru o durată care nu va putea depăși 49 de ani, începând de la data semnării lui.

Contractul de concesiune va fi încheiat în limba română, în două exemplare, câte unul pentru fiecare parte.

În cazul în care concesionarul este de o altă naționalitate sau cetățenie decât cea română și dacă părțile consideră necesar, contractul de concesiune se va putea încheia în patru exemplare, două în limba română și două într-o altă limbă aleasă de ele.

În aceasta situație fiecare parte va avea câte un exemplar în limba română și un exemplar în limba străină în care a fost redactat contractul.

În caz de litigiu, exemplarele în limba română ale contractului prevalează.

² A se vedea- Lviu Giurgiu,Cristian Giuseppe Zaharie -Notă privind decizia nr.765 din 24 februarie 2004 a Secției de contencios administrativ si fiscal a Inaltei Curti de Casatie si Justitie in Curierul Judiciar nr.6 din 2008,Ed.C.H.Beck.

- în componenta consiliului de administrație sau a organului de conducere sau de supraveghere mai mult de jumătate din numărul membrilor acestuia sunt numiți de către o autoritate contractantă sau de către un alt organism de drept public;

c) oricare asocieră formată de una sau mai multe autorități contractante;

d) oricare întreprindere publică ce desfășoară una sau mai multe dintre activitățile prevăzute la cap.VIII secțiunea 1 din O.G. nr.34 din 2006, atunci când acesta atribuie contracte de achiziție publică sau încheie acorduri-cadru¹ destinate efectuării respectivelor activități.

Operator economic poate fi oricare furnizor de produse, prestator de servicii sau executant de lucrări –persoana fizică/juridică, de drept public sau privat, ori grup de astfel de persoane care oferă în mod licit pe piața produse, servicii și/sau execuție de lucrări².

F.Curtea de Conturi Comunităților Europene critică procedura subconcesionării, considerând că nu este în concordanță cu filosofia legală a contractelor publice (desi

¹ Acordul-cadru reprezintă înțelegerea scrisă intervenită între una sau mai multe autorități contractante și unul sau mai mulți operatori economici, al cărei scop este stabilirea elementelor sau condițiilor esențiale care vor guverna contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o perioadă dată, în mod special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere.

² În reglementarea O.U.G. nr. 60/2001 a contractului de achiziție publică, ofertantul devenit contractant poartă denumirea de furnizor, executant sau prestator, după caz.

Nu contează naționalitatea ofertantului contractant.

Acesta poate fi atât o persoană juridică cât și una fizică.

Cealaltă parte din contract este o autoritate publică contractantă. În sensul legii pot fi autorități publice contractante:

- autoritățile publice așa cum sunt ele definite în Constituția României, (inclusiv autoritatea judecătorească). Conform Constituției României sunt autorități publice:

Parlamentul;

Președintele României;

Guvernul;

autoritățile administrației publice;

autoritățile militare;

autoritățile judecătorești.

Categoriile de autorități contractante prevăzute în O.U.G. nr. 60/2001 li se mai adaugă încă o categorie de persoane juridice de drept public care în conformitate, cu punctul 5 al articolului unic al Legii nr. 212/2002, au obligația de a aplica procedura pentru atribuirea de contracte de achiziție publică. Această categorie de autorități contractante este reprezentată de persoanele juridice înființate pentru a desfășura activități de interes public, fără caracter comercial sau industrial și care se finanțează din fonduri publice sau se află în subordinea sau sub controlul unei autorități sau instituții publice.

- instituțiile publice de interes, general sau local, autonome ori aflate în subordinea sau controlul unei instituții publice;

- Academia Română și instituțiile subordonate acesteia;

- persoanele juridice ce desfășoară activități relevante în unul dintre sectoarele de utilități publice: apă, energie, transport și telecomunicații – și care beneficiază de drepturi speciale sau exclusive pentru desfășurarea unor astfel de activități, în sensul că nu au piață concurențială datorită existenței unei poziții de monopol sau prin efectul unui act normativ;

- alte persoane juridice care în baza unei hotărâri a Guvernului au obligația de a efectua achiziții publice.

directivele nu interzic expres subcontractarea, se considera ca selectia facuta de autoritatea publica este intuitu personae, in considerarea calitatilor personale ale autoritatii contractante) si in plus, atrage costuri aditionale.

In general se observa necesitatea impunerii ca un principiu de drept public in tarile europene, imposibilitatea subcontractarii fara acordul expres al autoritatii subcontractante.

In Romania art. 51 (1) din O.G.nr.54 din 2006 prevede "contractul de concesiune trebuie sa contina

interdictia pentru concesionar de a subconcesiona, in tot sau in parte, unei alte persoane obiectul concesiunii, cu exceptia cazurilor in care subconcesionarea este permisa, potrivit prezentei ordonante de urgenta. "

Contractul de concesiune cuprinde clauzele prevazute in caietul de sarcini si clauzele convenite de partile contractante, in completarea celor din caietul de sarcini. Acesta trebuie sa contina interdictia pentru oncesionar de a subconcesiona, in tot sau in parte, unei alte persoane obiectul concesiunii, cu exceptia cazurilor expres prevazute de lege.

Companiile nationale, societatile nationale sau anumite societati comerciale pot subconcesiona bunurile proprietate publica care le-au fost concesionate.

Subinchirierea este posibila doar cu acordul autoritatii publice care a aprobat inchirierea.

PRINCIPIUL DISPONIBILITĂȚII ÎN PROCEDURA PLÂNGERII PREALABILE

CRISTI DANILEȚ
Judecător, Judecătoria Oradea

Summary: In present, the state has the main role in public action, for punishment the offenders, to prevent the private justice. In some countries, there are laws witch admit that the public action can be submit by the victime. In Romania, there are such provisions too. But the authors does not accept that this is mean a real discretonary power for victime to start and stop anytime a public investigation.

From my point of view, there are some situations when the role of victime is crucial. I talk about the procedure which in Romania is called `the preliminary complain`: without the complain from victime, the prosecutor cannot start the investigation, and he is oblige to stop the investigation if the victime retreat this complain. And this is an element of the adversarial procedure.

Keywords: proces penal, plângere prealabilă, principiul oficialității, principiul disponibilității.

1. INTRODUCERE: OFICIALITATE ȘI DISPONIBILITATE ÎN PROCESUL PENAL

1. 1. Oficialitatea și excepțiile sale

Potrivit art. 2 alin 2 din C.proc.pen, actele necesare procesului penal se îndeplinesc din oficiu, afară de cazul când legea dispune altfel. Aceasta regulă consacră *principiul oficialității*, ceea ce presupune că organele judiciare au ca obligație de serviciu efectuarea investigațiilor pentru descoperirea infracțiunilor și a infractorilor și luarea măsurilor necesare pentru tragerea lor la răspundere penală. Aceasta, indiferent de voința părților¹.

În dreptul procesual penal, principiul oficialității decurge din sistemul de acuzare publică adoptat de legiuitorul român și caracterizează întreaga procedura penală. Opinia majorității autorilor este că, chiar dacă în cazul anumitor instituții devin incidente aspecte ce presupun disponibilitatea, principiul oficialității nu este înlăturat, procesul penal desfășurându-se pe tot parcursul său potrivit acestui principiu, ea neputând fi nici contracarață și nici afectată de *excepțiile de disponibilitate*². În sensul acesta s-a pronunțat

¹ G.Antoniu, N.Volonciu, N.Zaharia, *Dicționar de procedură penală*, Editura științifică și enciclopedică, București, 1988, p.219.

² A se vedea N.Volonciu, A.Vasiliu, *Codul de procedură penală comentat*, art.1-61¹, Editura Hamangiu, 2007, p.10; Gh.Mateuț, *Tratat de procedură penală, partea generală*, vol I, Editura C.H.Beck, București 2007, p. 174; Gr. Theodoru, *Tratat de Drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2007, p.78; V.Dongoroz, în lucrarea colectivă *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală*, partea generală, vol. V, ediția a doua, Editura Academiei Române, București, 2003, p.43; I.Neagu, *Tratat de procedură penală*, Editura Pro, 1997, p. 49; N.Volonciu, *Tratat de procedură penală, p.gen, vol.I*, Ed. Paideia, București, 1993, p.85; Tr.Pop, *Drept procesual penal*,

și Curtea Constituțională, care a reținut: “Condiționarea punerii în mișcare a acțiunii penale de existența plângerii prealabile a persoanei vătămate reprezintă o excepție de la regula generală a oficialității procesului penal înscrisă în art. 2 alin 2 din Codul de procedură penală”¹. Prin urmare, cauzele de disponibilitate nu s-ar constitui într-un *principiu al disponibilității*, care este specific doar procesului civil. Foarte rar autorii de drept procesual penal se exprimă în sensul existenței unui principiu al disponibilității, dar și atunci fără însă a argumenta acest lucru în mod suficient².

Din punct de vedere al reglementării existente în prezent, de la principiul oficialității legea a prevăzut unele excepții, atribuind și altor persoane/instituții dreptul de a efectua unele acte procesuale. Una dintre aceste excepții privește necesitatea formulării pentru anumite infracțiuni a plângerii prealabile din partea persoanei vătămate.

1. 2. Disponibilitatea în procedura plângerii prealabile

O excepție de la principiul oficialității privește condiționarea punerii în mișcare a acțiunii penale, pentru anumite infracțiuni care prezintă un grad mai scăzut de pericol social, de manifestarea de voință a persoanei vătămate exprimată prin plângerea penală prealabilă. În cazul acestor infracțiuni, expres și limitativ prevăzute de lege, acțiunea penală se pune în mișcare numai ca urmare a voinței persoanei vătămate: singură, persoana vătămată este cea care apreciază oportunitatea declanșării procedurilor oficiale de tragere la răspundere penală a celui care i-a produs o vătămare, legea acordându-i astfel un drept de disponibilitate. Odată îndeplinită condiția prealabilă, actele necesare începerii și desfășurării procesului penal vor fi efectuate mai departe în virtutea principiului oficialității³ - aceasta pentru că disponibilitatea nu afectează caracterul obligatoriu al acțiunii penale.

Dacă disponibilitatea se manifestă din nou sub forma retragerii plângerii prealabile sau a împăcării părților în cazurile în care legea permite, atunci acțiunea penală se stinge și procesul penal va înceta. Dar retragerea plângerii prealabile sau împăcarea părților nu constituie acte de revocare a acțiunii penale, ci cauze de stingere a acesteia.

Prin urmare, putem spune că ***persoana vătămată dispune nu de acțiune (care aparține statului), ci de plângerea sa prealabilă influențând însă acțiunea***. Așadar, disponibilitatea este un principiu aplicabil nu pentru acțiunea penală, ci pentru procesul penal ce caracterizează procedura plângerii prealabile. Aceasta pentru că, pe de o parte procesul penal se poate desfășura și fără acțiunea penală pusă în mișcare (în urma plângerii prealabile procurorul dispune începerea urmăririi penale dar fără a promova acțiunea penală) sau cu acțiunea penală stinsă (de exemplu doar inculpatul condamnat declară

vol. IV partea specială, Tipografia Națională SA Cluj, 1948, p.21; H.Diaconescu, *Noi limitări aduse principiului oficialității procesului penal prin prevederile art. 278¹ din Codul de procedură penală*, în Dreptul nr. 3/2004, p.160.

¹ Decizia nr. 162/2000, publicată în M.Of. nr. 544 din 2 noiembrie 2000.

² Mihaela Alexandru, *Participația penală*, Editura Hamangiu, București, 2008, p.298-299, I.Griga, *Drept procesual penal. Partea Generală*, Editura Oscar Print, București, 2004, p.48; M.-A. Tatu (I), V.Păulea (II), *Limitele principiului disponibilității în procesul penal*, Dreptul nr. 2/2002, p.131-137; la fel, opinia Judecătoriei sector 4 București cu privire la excepția de neconstituționalitate soluționată prin decizia Curții Constituționale nr 357/2004, publicată în M.O. 954 din 18 oct.2004.

³ Gr. Theodoru, *Drept procesual penal, partea generală*, Editura Cugetarea, Iași, 1996, p.67.

recurs, în timp ce nici partea vătămată, nici procurorul nu au înțeles să mai exercite acțiunea penală), iar pe de altă parte dacă introducerea plângerii prealabile nu atrage obligativitatea inculpării, în schimb retragerea ei are ca efect imediat stingerea acțiunii penale când aceasta fusese pusă în mișcare de procuror.

Cât privește **conținutul acestui principiu**, drepturile din procedura civilă ce intră în conținutul principiului disponibilității – un principiu ce caracterizează procesul civil¹ - se regăsesc întocmai în *latura civilă* a procesului penal. Însă, dat fiind specificul procedurii plângerii prealabile, constatăm că mai multe elemente ale principiului disponibilității se regăsesc și în *latura penală* a procesului penal.

2. DREPTUL DE A DECLANȘA ACȚIUNEA PENALĂ

2. 1. Regula: disponibilitatea formulării plângerii prealabile

În sistemul nostru, acțiunea penală este obligatorie: în procesul penal obișnuit, declanșat ca urmare a săvârșirii unei infracțiuni pentru care urmărirea penală se desfășoară din oficiu, organele de urmărire penală sunt obligate să demareze investigațiile necesare descoperirii faptelor, a probelor și a făptuitorilor în vederea tragerii lor la răspundere penală, indiferent de existența vreunei sesizări din partea victimei infracțiunii (*principiului legalității urmăririi*). Acțiunea penală având un caracter de ordine publică, odată declanșată ea trebuie exercitată până la capăt. Astfel că părțile nu pot, pe cale de învoială, de tranzacție, de renunțare să dispună de raportul juridic de drept penal derivând din infracțiune (*principiul indisponibilității procesului penal*)²: ministerul public nu poate tranzacționa acțiunea penală, nici renunța în avans la o cale de atac, nici achiesa la hotărâre³.

Însă, în cazul procedurii plângerii prealabile, victima infracțiunii are libertatea de a alege dacă va solicita sau nu tragerea la răspundere penală a făptuitorului, drept echivalent cu cel existent în procedura civilă de a promova sau nu acțiunea necesară pentru obținerea despăgubirilor ori realizarea creanței. Acest drept este conferit de legiuitor numai în cazul anumitor *infracțiuni*, prevăzute de Codul penal sau în legile speciale cu dispoziții penale.

Din dispozițiile art. 131 C.pen. rezultă că dreptul de formula plângerea pealabilă în vederea punerii în mișcare a acțiunii penale are un caracter personal și aparține exclusiv persoanei vătămate. *Persoana vătămată*, subiect activ secundar al acțiunii penale, este însuși subiectul pasiv al infracțiunii, adică persoana fizică sau juridică titulară a valorii sociale ocrotite și care este vătămată sau periclitată prin infracțiune⁴. Când participă la procesul penal, ea devine *parte vătămată* (art. 24 C.proc.pen).

¹ Principiul disponibilității caracteristic procesului civil cuprinde următoarele drepturi: dreptul persoanei interesate de a porni sau nu acțiunea civilă; dreptul de a determina limitele cererii de chemare în judecată, respectiv ale apărării; dreptul reclamantului de a renunța la acțiune sau la dreptul subiectiv, dreptul pârâtului de a achiesa la pretențiile reclamantului și dreptul ambelor părți de a stinge litigiul printr-o tranzacție; dreptul părților de a exercita căile legale de atac; dreptul părții câștigătoare de a cere executarea silită a hotărârii judecătorești. A se vedea I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Tratat de Drept procesual civil. Teoria generală*, T.U.B., 1981, p.125-130.

² G.Antoniou, N.Volonciu, N.Zaharia, *Dicționar de procedură penală*, Editura științifică și enciclopedică, București, 1988, p.218.

³ J.Vincent, S.Guichard, G.Montagnier, A.Varinard, *Institution Judiciaires*, 7^e edition, Dalloz, Paris, 2003, p.198.

⁴ M.Basarab, *Drept penal, partea generală*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1983,

Manifestarea de voință a persoanei vătămate, materializată în depunerea plângerii prealabile, nu este însă suficientă ca pricina să fie adusă în fața judecătorului¹: voința victimei de a fi sancționat făptuitorul urmează a fi cenzurată de procuror, care va prelua inițiativa prin promovarea acțiunii penale. Așadar, în prezența disponibilității conferită de legiuitor titularului plângerii prealabile, acțiunea penală nu își pierde din trăsăturile generale ale acestei acțiuni în procedura obișnuită, ci capătă trăsături specifice: putem spune că din momentul manifestării *principiului disponibilității* prin formularea plângerii prealabile, acesta se combină cu *principiul oficialității* exercitat prin persoana procurorului, iar pentru a avea efect cele două principii trebuie să acționeze concomitent: pe de o parte, fără voința victimei, procurorul nu poate demara procesul penal (art. 228 alin.4 C.proc.pen) și nici pune în mișcare acțiunea penală (art. 10 lit f); pe de altă parte fără implicarea procurorului, manifestarea voinței persoanei vătămate rămâne fără efect penal și procesual penal. Acesta este și motivul pentru care, în cazul acțiunilor penale puse în mișcare la plângerea prealabilă, partea vătămată este cea care dispune în exclusivitate asupra *punerii în mișcare a acțiunii penale* și singura care poate stopa exercitarea acesteia înainte de pronunțarea unei soluții definitive, prin retragerea plângerii sau prin împăcare cu inculpatul și, de asemenea, care are (alături de procuror) dreptul la recurs. Aceste drepturi fac parte din categoria drepturilor personale-nepatrimoniale, care se sting prin decesul părții vătămate, moștenitorii sau procurorul nemaiputând să le exercite².

2.2. Excepții de la principiul disponibilității plângerii prealabile. Oficialitate.

Dreptul de sesizare prin plângere prealabilă este **absolut**, căci exercitarea acțiunii penale depinde numai de voința persoanei vătămate prin infracțiune: neintroducerea sau retragerea plângerii prealabile este un impediment la punerea în mișcare și la exercitarea acțiunii penale.

Sunt mai multe categorii de **limite** ale acestui drept, când acțiunea penală se pune în mișcare și din oficiu:

a. Conform art. 131 alin. ultim Cod penal, când cel vătămat este o persoană lipsită de capacitate de exercițiu ori cu capacitate de exercițiu restrânsă, acțiunea penală se pune în mișcare și din oficiu.

În lipsa oricăror altor precizări, din folosirea de legiuitor a conjuncției copulative `și` rezultă că organele judiciare ar putea acționa indiferent dacă titularul a formulat sau nu plângerea prealabilă, și indiferent de condiția respectării vreunui anumit termen (care, numai pentru plângerea prealabilă, este de două luni). În acest sens a decis chiar fosta instanță supremă³. În ceea ce ne privește, nu împărtășim această opinie care practic anihilează în întregime caracterul disponibil al plângerii prealabile, făcând astfel inutilă reglementarea distinctă din art. 131 Cod Penal, caracter care trebuie să-și găsească aplicabilitatea inclusiv în situația analizată.

p. 91.

¹ Până la modificările aduse Codului de procedură penală prin Legea 356/2006, simpla depunere a plângerii prealabile pentru anumite infracțiuni reglementate de art. 279 alin.2 lit.a direct la instanță era suficientă pentru demararea acțiunii penale.

² În același sens, a se vedea E.Popescu, I.Damian, Discuții în legătură cu exercitarea acțiunii penale atunci când partea vătămată care a făcut plângerea prealabilă a decedat, în Dreptul nr. 5/1999, p. 108.

³ Plenul Trib.Suprem, dec.îndr. nr 6/1973, p.I, pct.3, în *Culegere de decizii pe anul 1973*, p.37.

Suntem de părere că oficialitatea punerii în mișcare a acțiunii penale în cazurile arătate funcționează doar *în subsidiar*, fiind o garanție pentru protecția drepturilor minorului sau incapacabilului numai în cazul în care reprezentanții săi legali nu au introdus, respectiv nu au încuviințat formularea plângerii prealabile. În aceste cazuri, organul judiciar trebuie să analizeze dacă neintroducerea, respectiv retragerea plângerii prealabile s-a făcut în interesul persoanei vătămate și numai în caz de răspuns negativ să demareze din oficiu procesul penal.

Mai menționăm că dacă procesul penal s-a pus în mișcare din oficiu în cazul reglementat de art. 131 alin. ultim C.proc.pen, persoana vătămată nu poate determina încetarea procedurilor prin *retragerea plângerii prealabile* (evident, dacă aceasta s-a formulat ulterior punerii în mișcare a acțiunii penale din oficiu¹), însă există totuși posibilitatea ca *părțile să se împace*, fiind prevăzută în mod expres această posibilitate în art. 132 alin 3 C.pen.

b. Tot astfel, în cazul infracțiunilor de lovire sau alte violențe, respectiv de vătămare corporală, s-a dat posibilitatea punerii în mișcare *și din oficiu* a acțiunii penale dacă sunt comise asupra membrilor familiei (art. 180 alin 1¹ și 2¹, respectiv art. 181 alin.1¹ Codul penal)². Și aici legea penală prevede în mod expres că părțile se pot împăca și astfel poate fi înlăturată răspunderea penală a făptuitorului (art. 180 alin.4 și art. 181 alin.3).

c. Prevederi cu privire la declanșarea acțiunii penale la plângerea prealabilă a persoanei vătămate sau și din oficiu, există și în legi speciale. De exemplu, infracțiunea de lovire sau alte acte de violență comisă împotriva unui avocat în timpul exercitării profesiei sau în legătură cu aceasta se urmărește la plângerea prealabilă *și din oficiu*. Retragerea sau împăcarea înlătură răspunderea penală (art. 37 alin. 3, respectiv alin. 4 din Legea nr 51/1995³).

2.3. Excepții de la principiul disponibilității plângerii prealabile. Disponibilitatea terților.

Dreptul de sesizare a organelor judiciare de către persoana vătămată prin formularea și depunerea plângerii prealabile este unul *exclusiv*, în sensul că nicio altă persoană - cum ar fi substituiții procesuali - nu beneficiază de acest drept în locul persoanei vătămate, care are astfel exercițiul deplin al drepturilor sale.

Ca *excepție* de la această regulă arătăm că, în unele legi cu dispoziții penale se prevede că, pentru anumite infracțiuni, acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, dar *și la sesizarea* unui anumit organ sau unei anumite persoane.

¹ Pentru săvârșirea infracțiunii de viol împotriva unei minore, retragerea plângerii prealabile nu înlătură răspunderea penală deoarece, potrivit art. 131 alin. ultim C. pen., în atare caz acțiunea penală se pune în mișcare și din oficiu. Declarația persoanei vătămate, de care prima instanță a luat act, în sensul că își retrage plângerea privind infracțiunea de viol săvârșită asupra sa, nu putea avea ca efect încetarea procesului penal deoarece, pe de o parte, în cauză nu s-a formulat o atare plângere, iar pe de altă parte, instanța fiind sesizată din oficiu, nu se putea pune capăt procesului penal prin retragerea plângerii sale, chiar dacă ar fi existat și o plângere a părții vătămate (C.S.J., secția penală, decizia nr. 2067 din 26 iulie 1995, în Dreptul nr. 6 din 1996, p. 117).

² Reglementări introduse prin Legea nr. 197/2000 pentru modificarea și completarea unor dispoziții din Codul penal, publicată în M.Of. nr. 568 din 15 nov. 2000. Prin *membru de familie* se înțelege, conform art. 149¹ Cod Penal soțul sau ruda apropiată, dacă aceasta din urmă locuiește și gospodărește împreună cu făptuitorul.

³ Republicată în M.Of. nr. 113 din 6 martie 2001.

a. Astfel, în Legea nr. 191/2003 privind infracțiunile la regimul transportului naval se prevede în art. 26 alin. 1 și 3 că acțiunea penală pentru infracțiunea de lovirea superiorului de către inferior se pune în mișcare la sesizarea comandantului sau a proprietarului ori a operatorului navei, după caz, dar și la plângerea prealabilă a persoanei vătămate.

b. Un caz asemănător cu cel expus mai sus se referă la infracțiunea de concurență neloială reglementată de art. 8 din Legea nr.11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, pentru care legea prevede că acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea părții vătămate ori la *sesizarea camerei de comerț și industrie teritorială sau a altei organizații profesionale ori la sesizarea persoanelor împuternicite de Oficiul Concurenței*. În lipsa voinței persoanei vătămate ca făptuitorul să fie tras la răspundere penală, se acordă posibilitatea de a solicita acest lucru unor structuri profesionale, care nu acționează nici ca acuzator public (nefiind procuror), nici ca victimă (nefiindu-i vătămat vreun interes propriu), ci care apără astfel un interes personal care nu le aparține. Situația este întâlnită și în procesul civil, tot cu caracter de excepție de la principiul oficialității căci, așa cum arătam mai sus, alte persoane sau organizații au primit dreptul de a formula acțiunea civilă în cazurile reglementate expres de lege. În dreptul penal, ea a fost consacrată de Codul de procedură penală Carol al II-lea, de la 1936, și apoi de Codul de procedură penală al Republicii Populare Române de la 1948 care prin art. 230, respectiv art.226 dădea dreptul de a pune în mișcare acțiunea penală direct la instanță la asociațiile constituite pentru apărarea intereselor membrilor lor, dacă infracțiunea a adus atingere scopului general urmărit sau intereselor membrilor lor.

Este de observat totuși că dispoziția menționată face vorbire de *plângerea* părții vătămate și nu de *plângerea prealabilă* a acesteia. Față de formularea echivocă a textului, sunt dubii dacă retragerea plângerii, care nu se prevede în mod explicit că ar fi una prealabilă, ar stinge acțiunea penală. Cu toate acestea, într-o decizie de speță s-a stabilit că atâta vreme cât pentru infracțiunea de concurență neloială prevăzută în art. 5 lit. a din Legea nr. 11/1991, imputată inculpatului alături de alte infracțiuni, acțiunea penală a fost pusă în mișcare fără să existe plângerea prealabilă a persoanei vătămate ori sesizarea comisiei de comerț și industrie teritorială sau a altei organizații profesionale, așa cum cere art. 8 din Legea nr. 11/1991, urmează ca, pentru această infracțiune, să se dispună, în baza art. 11 pct. 2 lit. b raportat la art. 10 lit. f C. pr. pen., încetarea procesului penal¹.

În toate aceste situații, există un caz de împiedicare alternativ: dacă nu s-a produs sesizarea organului competent, se poate face, în termenul legal, plângerea prealabilă de către persoana vătămată și invers. Diferența constă în termenul de formulare a sesizării, care este prevăzut doar în cazul plângerii prealabile și care este de 2 luni de la data cunoașterii făptuitorului. Cât timp nu s-a actionat prin nici unul din aceste moduri speciale de sesizare, nu poate interveni răspunderea penală. Dacă sesizarea nu poate fi retrasă, retragerea plângerii prealabile este posibilă potrivit dreptului comun pentru a stinge acțiunea penală.

Indiferent care este organismul abilitat prin lege a formulat plângerea sau sesizarea ori autorizarea, totuși decizia de începere a urmăririi și de punere sub acuzare rămâne atributul exclusiv al procurorului. Nu același lucru se întâmplă și în alte legislații, unde dreptul acestor entități este mai extins. Astfel, în dreptul englez, se recunoaște unor organe administrative (agenții de urmărire judiciară) dreptul de a declanșa urmărirea penală în

¹ C.A. București, s.I pen, dec.nr. 98/A/1996, în *Revista de drept penal* nr. 2 din 1997, p. 125.

anumite domenii: Biroul pentru infracțiuni grave de fraudă, Oficiul de vamă și accize, Biroul pentru siguranță și sănătate, Societatea națională de prevenire a tratamentului dureros aplicat copiilor etc; la fel, în dreptul francez, au posibilitatea de a declanșa urmărirea funcționarii din cadrul administrațiilor care privesc apa și pădurile, podurile și soselele, taxe indirecte, vamă (art. 22, 39 C.proc.pen.fr).

2.4. Disponibilitatea – drept al învinuitului/inculpatului

În dreptul nostru, persoana vătămată își poate retrage plângerea prealabilă fără a fi nevoie de acordul celui urmărit, cum este impus, de exemplu, în legislația germană sau portugheză.

Cu toate acestea, voința acestuia din urmă este importantă în funcționarea unei alte instituții: este vorba de continuarea procesului penal. Astfel, dacă persoana vătămată și-a retras plângerea prealabilă, în temeiul art. 13 C.proc.pen. învinuitul/inculpatul poate cere continuarea procesului penal, urmărind stabilirea nevinovăției sale. Dreptul conferit de art. 13 C.proc.pen este un element al contraacțiunii în justiție ce aparține celui urmărit, care exercită astfel funcția de apărare. Aceasta există încă din momentul folosirii acțiunii penale și are ca scop apărarea de răspundere¹.

În acest fel, este asigurat dreptul de acces al inculpatului la un tribunal, în sensul art. 6 din CEDO, disponibilitatea atribuită de legiuitor învinuitului/inculpatului devine limită a disponibilității de care beneficiază persoana vătămată, iar procesul penal declanșat aceasta va continua chiar împotriva voinței sale. Putem spune astfel că, pe durata continuării procesului penal, efectul retragerii plângerii prealabile este suspendat: retragerea stinge doar acțiunea penală, dar procesul penal va continua. El va redeveni aplicabil numai dacă, în urma continuării procesului penal, nu se constată incidența vreunui din cazurile prevăzute de art. 10 lit. a)-e), situație în care procurorul, respectiv instanța e obligată să dea efect retragerii plângerii prealabile.

Contraacțiunea inculpatului poate determina continuarea procesului penal împotriva voinței victimei sau chiar a procurorului și într-un alt caz. Astfel, în situația în care sentința primei instanțe este atacată cu recurs doar de către inculpat, procesul penal va continua fără ca acțiunea penală să fi fost exercitată de către titularii săi.

3. DREPTUL DE A DETERMINA OBIECTUL PROCESULUI

Aplicarea principiului disponibilității în procedura plângerii prealabile ar reclama ca procurorul, respectiv instanța de judecată să soluționeze litigiul penal numai cu privire la persoanele la care se referă plângerea prealabilă, infracțiunea reclamată și, în calea de atac, numai cu privire la motivele invocate de cel care a intentat-o. Cu toate acestea, sunt anumite prevederi legale care afectează voința părții vătămate în ceea ce privește obiectul procesului penal.

3.1. Limite privind subiecții acțiunii penale

Acțiunea penală este indivizibilă, aspect ce decurge din unitatea infracțiunii ca fapt juridic. Indivizibilității de drept substanțial îi corespunde astfel o indivizibilitate de drept procesual: acțiunea penală este îndreptată deodată contra celor care au săvârșit infracțiunea

¹ V.Dongoroz, în lucrarea colectivă *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală*, ediția I, p.55-56.

ca autori, instigatori sau complici, dacă toți sunt cunoscuți¹. Procesual, acțiunea penală se pune în mișcare și se exercită față de participanții cunoscuți în momentul pornirii procesului penal; în caz de descoperire a altor participanți în cursul procesului, acțiunea penală va fi extinsă și la aceștia (art.238 și 337 C.proc.pen). Cât privește persoana care a suferit o vătămare prin infracțiune, organul judiciar este obligat să o cheme, spre a fi ascultată, ocazie cu care i se pune în vedere că se poate constitui parte vătămată (art.76 C.proc.pen).

Caracterul indivizibil al acțiunii penale este aplicabil și în procedura plângerii prealabile. Astfel că regula determinării obiectului acțiunii penale prin simpla voință a victimei, impusă de principiul disponibilității, nu este pe deplin incidentă. Dar nici regulile obișnuite enunțate mai sus nu se aplică, în sensul că procedura extinderii nu are loc la inițiativa organelor judiciare, ci legiuitorul a înțeles să particularizeze dreptul de disponibilitate pe care îl are titularul plângerii prealabile. Astfel, datorită efectului *in rem* produs de introducerea plângerii prealabile, ea prezintă un caracter indivizibil din punct de vedere al răspunderii penale, exprimat prin două reguli, prevăzute în art. 131 C.pen, care afectează voința părții vătămate²: extinderea procesului penal la alți făptuitori pentru care nu s-a formulat plângerea prealabilă de către persoana vătămată și extinderea procesului penal cu privire la toate victimele infracțiunii, contrar chiar voinței părții vătămate care a formulat plângerea prealabilă:

a. *indivizibilitatea activă a plângerii prealabile* (art.131 alin.3 C.pen): fapta care a adus vătămare mai multor persoane atrage răspunderea penală, chiar dacă plângerea prealabilă s-a făcut sau se menține numai de către una dintre ele. Din această regulă rezultă că, împotriva dorinței persoanelor vătămate prin comiterea unei infracțiuni cu mai mulți subiecți pasivi, ele ajung să fie antrenate într-un proces penal prin voința legiuitorului, deși nu au formulat vreo plângere prealabilă. Critica care se poate aduce acestei reglementări este aceea că, dacă o singură persoană vătămată formulează plângere prealabilă, făptuitorul nu va fi tras la răspundere penală pentru fapta care a vătămat mai multe persoane doar dacă toate victimele și-ar retrace plângerile prealabile, deci inclusiv acele persoane care - de fapt - nici nu le formulară. De asemenea, ele vor plăti cheltuielile judiciare avansate de stat (în caz că vor pierde procesul penal pe care l-au generat fără voia lor, precum și în caz că își retrag plângerea prealabilă pe care nu au formulat-o), deși nu se poate reține culpa procesuală a tuturor. Este de observat că în situația în care au existat mai multe victime, însă numai o parte au formulat plângerea prealabilă și acțiunea a fost stinsă prin soluționarea ei, ea nu mai poate fi pusă ulterior în mișcare de către celelalte persoane vătămate întrucât se opune autoritatea lucrului judecat.

b. *indivizibilitatea pasivă a plângerii prealabile* (art.131 alin. 4 C.pen): fapta atrage răspunderea penală a tuturor participanților la săvârșirea ei, chiar dacă plângerea prealabilă s-a făcut sau se menține cu privire numai la unul dintre ei. Cum plângerea prealabilă privește fapta, și nu doar făptuitorul, retragerea ei se face cu privire la faptă și nu la o anumită persoană. Din această regulă rezultă că, împotriva voinței părții vătămate, se antrenează prin voința legiuitorului răspunderea penală și a altor persoane decât cele vizate prin plângerea penală prealabilă; evident, pentru aceasta procurorul sau, în mod

¹ I.Gorgăneanu, op.cit, p. 46.

² A se vedea în acest sens, (I) M.A.Tatu, (II) V.Pătulea, op.cit, p.131-137; (I) L. Jiga, (II) G. Antoniu, Note la d.p. nr.325 /24.03.1981 a T.j.Timiș, în Revista Română de Drept nr.9/1983 , p.52-54.

excepțional instanța, trebuie să pună în mișcare acțiunea penală. Critica acestei reglementări constă în aceea că, dacă victima unei infracțiuni comise de mai multe persoane a formulat plângere prealabilă împotriva unui singur făptuitor, ea nu are posibilitatea de a determina tragerea la răspundere penală doar a acestuia decât împăcându-se cu ceilalți pe care de fapt nici nu înțelege să îi cheme în judecată, iar cheltuielile judiciare le vor împărți în egală măsură.

Indivizibilitatea plângerii prealabile își are izvorul în regulile procedurii civile privind *coparticiparea procesuală* (litisconsorțiu procesual). Aceasta desemnează situația când mai multe persoane sunt reclamante sau pârâte în cadrul unui proces civil, fiind astfel reunite într-un singur proces mai multe acțiuni ce puteau face obiectul unor cereri separate. Transpunând această instituție în procedura penală, afirmăm că *indivizibilitatea este o aspect al coparticipării procesuale care își are izvorul în aceeași infracțiune*¹.

Cu privire la efectele indivizibilității, în afară de obligativitatea derulării procedurilor față de toate părțile vizate de lege, doctrina penală nu a analizat implicațiile acestei instituții. Practic, în temeiul legii, persoane nevizate inițial de plângerea prealabilă, sunt introduse în cauză, dar ele nu sunt terți în procesul penal, ci coparticipanți, dobândind această calitate, ca parte principală, de la data formulării plângerii. Cum drepturile persoanelor vătămate sunt personale și răspunderea penală a infractorului este una personală, rezultă că în procedura penală ar putea fi aplicabile dispozițiile art. 48 C.pr.civ, potrivit cărora *actele de procedură, apărările și concluziile unuia dintre reclamanți sau pârâți nu pot nici folosi, nici păgubi celorlalți*. Deci, fiecare parte vătămată, respectiv inculpat trebuie să își susțină și să probeze propriile apărări, potrivit principiului independenței procesuale.

Cu toate acestea, în cazul exercitării căilor de atac în cazul hotărârilor judecătorești pronunțate în cauzele privind infracțiuni urmăribile la plângerea prealabilă, credem că se produce un efect ce caracterizează dependența procesuală, întocmai cum reglementează art. 48 al.2 C.proc.civ: *când prin natura raportului juridic sau în temeiul unei dispoziții legale, efectele hotărârii se întind asupra tuturor reclamanților sau pârâților; actele de procedură îndeplinite îndeplinite numai de unii dintre ei sau termenele încuviințate numai unora dintre ei pentru îndeplinirea actelor de procedură folosesc și celorlalți*.

Or, întrucât în temeiul art.131 C.pen, efectele formulării plângerii prelabile privesc și alte părți vătămate sau inculpați decât cei vizați inițial în actul de sesizare, hotărârea dată în soluționarea căii de atac trebuie să privească toate părțile implicate. Ca urmare, dacă recursul a fost declarat de o singură persoană, indiferent de calitatea sa procesuală, acesta își va extinde efectele asupra tuturor părților vătămate (chiar dacă nu au figurat în această calitate în fața primei instanțe) și asupra tuturor inculpaților (chiar dacă cererea de recurs nu îi privește pe unii dintre ei), ceea ce constituie o regulă specială față de cea a efectului extensiv al recursului, prevăzută de art. 385⁷ C.proc.pen).

3.2. Limite privind temeiul acțiunii penale

Temeiul de fapt al acțiunii penale îl constituie fapta descrisă de persoana vătămată în plângerea prealabilă. Organele judiciare nu pot extinde procesul penal cu privire la alte fapte decât în temeiul art. 238 C.proc.pen (în cursul urmăririi penale), respectiv al art. 336

¹ Solidaritatea procesuală decurge din caracterul indivizibil al acțiunii penale (I.Gorgăneanu, op.cit, p.60).

C.proc.pen (în cursul judecății). Deși codul nu conține norme exprese pentru situația în care aceste noi fapte ar constitui infracțiuni urmăribile la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, lăsând să se înțeleagă că numai procurorul sau, în lipsa acestuia, instanța ar extinde procesul penal, coroborând aceste dispoziții cu cele din art. 279 rezultă că este obligatorie existența unei plângeri prealabile din partea persoanei vătămate pentru ca organele judiciare să extindă limitele procesului.

Odată cu formularea plângerii, art. 283 C.proc.pen nu impune persoanei vătămate și indicarea *încadrării juridice* a faptei reclamate. Dacă aceasta a fost indicată, organul judiciar nu este ținut de ea. Astfel, dacă victima formulează plângere pentru calomnie și organul judiciar constată că fapta constituie infracțiunea de insultă, apreciem că în aplicarea art. 286 C.proc.pen. organul judiciar trebuie să cheme persoana vătămată și să o întrebe dacă înțelege să își mențină plângerea pentru noua încadrare. Dacă aceasta insistă pe încadrarea inițială, după schimbarea încadrării juridice care este obligatorie în temeiul principiului legalității, procesul penal va trebui finalizat prin aplicarea art. 10 lit f. în raport de infracțiunea de calomnie.

4. DREPTUL PĂRȚILOR DE A STINGE LITIGIUL

4.1. Suspendarea procesului penal

Conform codului, suspendarea urmăririi penale are loc în caz de boală gravă a învinutului/inculpatului (art.239). În cursul judecății, suspendarea are loc obligatoriu în caz de boală gravă a inculpatului (art. 303 alin.1) sau în caz de ridicare a excepției de neconstituționalitate (art. 303 alin.6) și facultativ în cazul când se cere extrădarea persoanei judecate (art. 303¹). După cum se observă, voința părților nu joacă niciun rol în aceste situații.

Într-un singur caz însă, și numai în ceea ce privește instituția ce face obiectul prezentului studiu, disponibilitatea părților poate determina suspendarea procedurii oficiale de tragere la răspundere a infractorului. Conform art.70 din Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, în cazul în care medierea se desfășoară după începerea procesului penal, urmărirea penală sau, după caz, judecata se suspendă, în temeiul prezentării de către părți a contractului de mediere. Or, dispozițiile legii medierii se aplică numai în cauzele penale ce privesc infracțiuni pentru care, potrivit legii, retragerea plângerii prealabile sau împăcarea părților înlătură răspunderea penală (art. 67 alin. 1). Suspendarea procesului penal durează până când procedura medierii se încheie prin oricare dintre modurile prevăzute de prezenta lege, dar nu mai mult de 3 luni de la data semnării contractului de mediere, urmând ca procesul penal să se reia din oficiu, imediat după primirea procesului-verbal prin care se constată că părțile nu s-au împăcat sau, dacă acesta nu se comunică, la expirarea termenului de 3 luni.

4.2. Retragera plângerii prealabile

Retragerea plângerii constituie o cauză de înlăturare a răspunderii penale (art. 132 C.pen.). Ea este un alt aspect al disponibilității recunoscute victimei în procesul penal și constituie un act de voință unilateral, manifestat de persoana vătămată care a făcut plângere prealabilă și care apoi revine retrăgând plângerea făcută. Retragera trebuie să fie reală și nederminată de dol¹ sau violență .

¹ De exemplu, retragerea plângerii prealabile este obținută prin dol atâta vreme cât în cazul

Ca și plângerea prealabilă, și retragerea acesteia are un caracter mixt, care privește dreptul penal și cel procesual penal. Astfel, potrivit art. 131 alin. 2 Codul penal, retragerea plângerii prealabile are ca efect juridic înlăturarea răspunderii penale, iar procurorul nu mai poate declanșa urmărirea/acțiunea penală. Întrucât acțiunea penală rămâne fără obiect, organul judiciar este obligat să dea efect voinței persoanei vătămate, făcând aplicarea art. 10 lit h C.proc.pen., sens în care va dispune neînceperea urmăririi penale (art. 228 alin 4). Dacă a început urmărirea penală, soluția va fi încetarea acesteia (art. 11 pct 1 lit c), iar instanța va dispune încetarea procesului penal (art.11 pct. 2 lit b).

Lipsa plângerii prealabile produce efecte *in rem*. Ca urmare, în caz de indivizibilitate activă (participație penală) sau pasivă, ea trebuie să privească toți făptuitorii¹, respectiv toate părțile vătămate. Astfel, într-o speță s-a decis că față de prevederile art. 131 alin. 4 C. pen, dispoziția instanței de a înceta procesul penal pentru infracțiunea de lovire cu privire la doi dintre inculpați este greșită, cât timp partea vătămată și-a menținut plângerea îndreptată împotriva celui de-al treilea inculpat².

Conform art 13 C.proc.pen, inculpatul poate cere continuarea procesului penal în caz de retragere a plângerii prealabile, în acest caz procurorul reluându-și atribuțiile de organ judiciar care susține învinuirea, contrar voinței părții vătămate. Dacă se constată vreunul din cazurile prevăzute în art. 10 lit. a)-e), instanța de judecată pronunță achitarea; dacă nu se constată vreunul din aceste cazuri, instanța va pronunța încetarea procesului penal. Într-o astfel de situație, dacă inculpatul este găsit vinovat, nu se poate decide condamnarea lui³. S-a decis că, dacă inculpatul nu a cerut continuarea procesului penal în momentul când partea vătămată și-a retras plângerea, recursul său în sensul că este nevinovat va fi respins⁴.

4.3. Împăcarea părților

Conform art.132 alin.1 Cod penal, împăcarea părților în cazurile prevăzute de lege înlătură răspunderea penală și stinge și acțiunea civilă. Disponibilitatea procesului se manifestă, în acest caz, în acordul de voință al părților cu privire la stingerea amiabilă a litigiului dintre ele⁵.

Ca și la formularea plângerii prealabile și retragerea acesteia, împăcarea părților are un caracter mixt, care privește dreptul penal și cel procesual penal. Astfel, potrivit dispozițiilor

unui abuz de încredere inculpatul a promis restituirea bunurilor deținute și ulterior nu a respectat promisiunea.

¹ CSJ, secț. pen., dec. nr. 1889 din 28/06/1995, în *Dreptul* nr. 6 din 1996, pag. 114-115.

² Trib. Suprem, secț. pen, dec. nr. 2144 din 02.10.1984, în *Culegere de decizii ale Trib. Suprem pe anul 1984*, p. 319-320. La fel s-a decis că retragerea plângerii, numai față de doi din cei cinci participanți la săvârșirea infracțiunii, nu putea constitui un temei pentru încetarea procesului penal în raport cu dispozițiile legale sus-arătate - Trib. Suprem, secț. pen., dec. nr. 1852 din 15.10.1980 în *Culegere de decizii ale Trib. Suprem pe anul 1980*, p. 314-315.

³ Astfel, s-a decis că în cazul cind partea vatamata isi retrage plingerea prealabila, iar inculpatul cere continuarea procesului penal, daca se constata ca acesta a savirsit fapta, instanta nu poate pronunta condamnarea, ci incetarea procesului penal, conform art. 13 alin. ultim C.proc.pen (Trib. Suprem, secț. pen., decizia nr. 2810 din 08.12.1982, în *Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1982*, p. 328).

⁴ TMB, dec.pen. nr. 621/1985, în V.Papadopol, Șt.Daneș, *Repertoriu de practică judiciară în materie penală pe anii 1981-1985*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, p.250.

⁵ Înainte de modificarea Codului Penal prin legea nr. 197/2000, se considera împăcare și căsătoria subsecventă în caz de viol (art.197 al.ultim și art. 198 al.ultim C.pen.)

art. 132 din Codul penal, "împăcarea părților în cazurile prevăzute de lege înlătură răspunderea penală". Pe de altă parte, prin art. 10 alin. 1 lit. h) din C.proc.pen. se prevede că acțiunea penală nu poate fi pusă în mișcare, iar dacă a fost pusă în mișcare nu mai poate fi exercitată dacă a fost retrasă plângerea prealabilă ori dacă părțile s-au împăcat. Ca urmare, efectul acordului părților este definitiv și obligatoriu pentru organele judiciare, acțiunea penală neputând continua peste voința acestora. Organul judiciar va dispune neînceperea urmăririi penale (art. 228 alin 4). Dacă a început urmărirea penală, soluția va fi încetarea acesteia (art. 11 pct 1 lit c), iar instanța va dispune încetarea procesului penal (art.11 pct. 2 lit b).

Spre deosebire de cazul plângerii prelabile, unde retragerea operează *in rem* și produce efecte față de toți participanții, împăcarea operează *in personam*, înlăturând răspunderea penală numai cu privire la inculpatul cu care persoana vătămată s-a împăcat¹.

5. DREPTUL DE A ATACA SOLUȚIA ORGANULUI JUDICIAR

5. 1. Dreptul de a ataca soluția procurorului

Prin formularea plângerii prelabile, persoana vătămată își manifestă voința ca făptuitorul să fie tras la răspundere penală. În urma cercetărilor, organul de urmărire penală poate să ajungă la concluzia că plângerea este nefondată sau că sunt impedimente procesuale care împiedică urmărirea. Ca urmare, procurorul poate dispune clasarea, neînceperea urmăririi penale, scoaterea de sub urmărire penală sau încetarea urmăririi penale (art. 11 pct.1 și art 228 C.proc.pen).

Legea acordă dreptul persoanei vătămate de a contesta aceasta soluție, mai întâi prin plângere adresată procurorului ierarhic superior (art.278 C.proc.pen), apoi prin plângere adresată judecătorului (art.278¹ C.proc.pen). Așadar, disponibilitatea se reflectă în posibilitatea titularului plângerii prelabile de a contesta sau nu soluția de netrimiteră în judecată adoptată de procuror. Acest drept aparține însă celui interesat indiferent că este vorba de o infracțiune urmăribilă la plângerea prealabilă sau o infracțiune din oficiu.

Pentru că interesul procesului penal este aflarea adevărului și sancționarea celor vinovați de comiterea infracțiunilor, legiuitorul nu a lăsat doar la aprecierea particularilor contestarea soluției procurorului. Ci art. 64 alin.3 din Legea nr 304/2004 privind organizarea judiciară prevede că soluțiile procurorilor pot fi infirmate motivat de către procurorul ierarhic superior, când sunt apreciate ca fiind nelegale. Astfel, controlul soluțiilor poate fi exercitat prin voința victimei sau a altei persoane vătămate prin actul procurorului, dar și ca urmare a îndeplinirii atribuțiilor de serviciu de către șeful ierarhic.

Disponibilitatea se manifestă nu doar în legătură cu dreptul celui interesat de a declanșa contestarea soluției procurorului, ci pe tot parcursul soluționării plângerii sale, el putând să renunțe la aceasta.

5.2. Dreptul de a ataca hotărârea penală

Întocmai ca în procesul civil, partea care a pierdut procesul poate să ceară reformarea sau retractarea hotărârii prin intermediul căilor de atac. Aceeași parte poate însă să și achieseze la hotărâre în mod expres declarând că renunță la calea de atac (art. 368 și art.

¹ O singură excepție era admisă înainte de apariția Legii nr. 197/2000: împăcarea decurgând din căsătoria subsecventă violului producea efecte *in rem*, față de toți participanții (art. 197 ult. alin. C.pen.).

385⁴ alin.2 C.proc.pen). Principiul disponibilității implică, de asemenea, pentru orice parte din proces, inclusiv pentru procuror și nu numai pentru partea vătămată, dreptul de a renunța la judecarea căii de atac, ceea ce este în măsură să diminueze inflexibilitatea principiului legalității.

Conform art. 362 și 385² C.proc.pen., partea vătămată poate ataca cu apel, respectiv cu recurs hotărârile pronunțate de instanță în cazul infracțiunilor pentru care legea prevede necesitatea existenței plângerii prealabile. Această dispoziție a cunoscut o extindere ca urmare a deciziei Curții Constituționale nr. 100/2004 astfel că, în prezent, partea vătămată poate ataca orice hotărâre, chiar dacă acțiunea penală s-a declanșat din oficiu.

Nu sunt norme speciale pentru formularea sau desfășurarea căii de atac în cadrul instituției plângerii prealabile. Arătăm doar că partea vătămată are posibilitatea de a renunța sau a-și retrage calea de atac (art. 368, respectiv art. 369 C.proc.pen) în condițiile dreptului comun; dar ea are, de asemenea, și posibilitatea de a renunța în fața instanței de control judiciar la plângerea prealabilă, ceea ce va atrage pronunțarea unei soluții pe fond (art. 10 lit h C.proc.pen.). De asemenea, părțile se pot împăca chiar și în timpul judecării căii de atac¹.

Există o singură derogare care afectează disponibilitatea în cazul exercitării căii de atac. Astfel, în caz de solidaritate procesuală a mai multor părți vătămate, declararea căii de atac de doar una dintre ele va fi de ajuns pentru exercitarea acțiunii cu privire la toate celelalte părți vătămate. La fel, dacă recursul este declarat numai cu privire la un inculpat, principiul indivizibilității pasive impune soluționarea procesului cu privire la toți inculpații.

6. DREPTUL DE A CERE EXECUTAREA HOTĂRĂRILOR PENALE

În procesul penal, constrângerea statală se realizează prin aplicarea unei pedepse, iar în procesul civil prin obligarea judecătorească a părâtului la îndeplinirea dispozițiilor cuprinse în hotărâre². Ca urmare, executarea hotărârii pronunțate are loc diferit: în materie civilă, executarea silită se declanșează la cererea părții interesate, iar în procesul penal executarea hotărârilor în privința laturii penale are loc din oficiu. Așadar, aceste elemente ale principiului disponibilității ce caracterizează procesul civil nu are aplicare în penal decât în privința laturii civile a procesului penal.

Câteva aspecte particulare, implicând disponibilitatea persoanei vătămate cu privire la executarea hotărârii penale, trebuie totuși menționate:

a. În cazul infracțiunii de adulter, reglementată în art. 304 C.pen, abrogată în prezent prin Legea 278/2006, se prevedea că acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a soțului nevinovat, care putea cere oricând încetarea urmăririi penale sau a procesului penal, iar după rămânerea definitivă a hotărârii, încetarea executării pedepsei. Așadar, în cazul acestei infracțiuni, iertarea din partea soțului inocent putea influența nu

¹ Dec.pen. nr. 216/20.10.1999 a Tribunalului Cluj, prin care s-a admis recursul inculpatului împotriva sent.pen. nr. 908/15.06.1999 a Judecătoriei Cluj-Napoca și s-a încetat procesul penal ca urmare a împăcării părților pentru comiterea infracțiunii prevăzute de 213 Cpen, întrucât inculpatul a depus la dosar un înscris în acest sens semnat de el, partea vătămată și doi martori. De asemenea, prin dec.pen. 6/R/13.01.1999 se dispune încetarea procesului întrucât părțile au declarat oral, în fața instanței de recurs, că se împacă (nepublicate).

² I.Leș, *Principii și instituții de drept procesual civil*, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 32.

doar desfășurarea procesului penal, ci chiar și executarea hotărârii de condamnare: punerea în executare a hotărârii se producea de către organele de stat din oficiu, potrivit regulilor obișnuite, dar aceasta putea fi stopată prin voința unilaterală a soțului nevinovat.

Considerăm că această posibilitate ar trebui să existe și în prezent, pentru toate infracțiunile urmăribile la plângerea prealabilă. Atât timp cât legiuitorul a acordat victimei posibilitatea de a declanșa ori stopa urmărirea penală sau judecarea cauzei, pare firesc ca acest drept să se manifeste și în privința executării pedepsei, principiul disponibilității manifestându-se astfel pe deplin și după rămânerea definitivă a hotărârii.

b. Pentru admiterea cererii de extrădare, Legea nr.302/2004 prevede anumite condiții în legătură cu *persoana* urmărită penal sau trimisă în judecată și în legătură cu *infracțiunea* pentru care se solicită extrădarea. În privința condițiilor vizând infracțiunea, art. 32 prevede că cererea va fi respinsă în cazurile în care punerea în mișcare a acțiunii penale este condiționată, conform legislației române și cea a statului solicitant, de *plângerea prealabilă* a persoanei vătămate, iar aceasta se opune extrădării.

Ca urmare, voința victimei poate influența modul de desfășurare al procesului penal (prin opunerea victimei la extrădare, infractorul nu poate fi adus la proces) sau executarea pedepsei - în lipsa acordului persoanei vătămate la extrădare, condamnatul nu va putea fi extrădat în statul solicitant.

BIBLIOGRAFIE

1. M.Basarab, *Drept penal, partea generală*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1983.
2. N. Bonchiș, *Cauzele care înlătură răspunderea penală*, Editura Imprimeriei de Vest, Oradea, 1999.
3. Vasile M. Dimitriu, Vasile P. Pastia, *Dispozițiunile din Procedura Penală Română*, Tipografia Fondul Cărților Funduare, Cluj, 1925.
4. V.Dongoroz, S.Kahane, G.Antoniu, C.Bulai, N.Iliescu, R.Stănoiu, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală*, partea generală, vol. V, ediția a doua, Editura Academiei Române, București, 2003;
5. G.Elian, *Persoana vătămată în procesul penal*, Editura științifică, București, 1961.
6. I. Gorgăneanu, *Acțiunea penală*, Editura Lumina Lex, București, 1998.
7. Gh.Mateuț, *Tratat de procedură penală*, partea generală, vol I, Editura C.H.Beck, București, 2007.
8. Tr.Pop, *Drept procesual penal*, vol. II partea generală, Tipografia Națională SA Cluj, 1946; vol.IV partea specială, 1948.
9. I.Tanoviceanu, V.Dongoroz, *Tratat de drept și procedură penală*, ediția a II-a, vol.IV, București, 1928.
10. Gr.Theodoru, *Tratat de Drept procesual penal*, Ediția a doua, Editura Hamangiu, București, 2008.
11. P.Bouzat, J.Pinatel, *Traite de droit penal et de criminologie*, tome II, Dalloz, 1963.
12. S.Guichard, M.Bandrach, C.S. Delicostopoulos, I.S.Delicostopoulos, M. Douchy-Oudot, F.Ferrand, X.Lagarde, V.Magnier, H.R.Fabri, L.Sinopoli, J.M. Sorel, *Droit processuel. Droit commun et droit compare du process*, 3^e edition, Dalloz, Paris, 2005.
13. MM.Merle, A.Vitu, *Traite de droit criminel*, 4^e ed, Edition Cujas, Paris 1989.
14. J.Pradel, *Droit penal compare*, 2^e edition, Dalloz, Paris, 2002.

15. G.Stefani, G.Levasseur, B.Bouloc, *Procedure penale*, 19^e edition, Dalloz, Paris, 2004.
16. J.Vincent, S. Guichard, *Procedure civile*, 23 edition, Dalloz, Paris, 1994.
17. J.Vincent, S.Guichard, G.Montagnier, A.Varinard, *Institution Judiciaires*, 7^e edition, Dalloz, Paris, 2003.
18. R.Ward, A. Wragg, *English Legal System*, Oxford University Press, Ninth Edition, 2005

UNELE CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA PROTECȚIA DREPTURILOR FUNCȚIONARILOR PUBLICI COMUNITARI ÎN PRACTICA JUDICIARĂ A CURȚII EUROPENE DE JUSTIȚIE

Drd. CRISTINA TITIRIȘCĂ
Camera Deputaților

Romania's accession to the European Union on January 1st, 2007 also meant the acceptance of a new legal order, in which the judicial practice of the European Court of Justice plays an essential role. Nonetheless, the decisions of the European institutions, on the whole, are the very ones that lead, to a great extent, to the accomplishment "of an ever closer union among the peoples of Europe", as stated even in the preamble of the Treaty establishing the Economic European Community.

Keywords: Court of Justice of the European Communities; Court of First Instance; Civil Service Tribunal; European public service; Staff regulations of officials of the European Communities

În anul 2005, în baza Tratatului de la Nisa¹, a început să funcționeze efectiv Tribunalul Funcției Publice², având în competență litigiile între instituțiile comunitare și funcționarii/agenții acestora (art. 236 din Tratatul instituind Comunitatea Europeană). Tribunalul Funcției Publice al Uniunii Europene a fost înființat prin Decizia Consiliului 2004/752/CE, Euratom din 2 noiembrie 2004 (Jurnalul Oficial al Uniunii Europene seria L 333 din 9 noiembrie 2004, p. 7), prima dintre „camerele jurisdicționale” astfel cum sunt ele prevăzute la articolul 225a din Tratatul instituind Comunitatea Europeană, în forma modificată prin Tratatul de la Nisa.

Acesta reprezintă în fapt, camera specializată a Tribunalului de Primă Instanță, în domeniul dreptului muncii și al dreptului funcției publice. Dreptul aplicabil constă în Statutul funcționarilor publici ai Comunităților Europene³ (denumit în continuare *Statut*), alte acte aplicabile angajaților Uniunii Europene, jurisprudența Curții de Justiție a Comunităților Europene, a Tribunalului de Primă Instanță și a Tribunalului Funcției Publice, precum și principiile generale de drept în domeniul comunitar. Rezolvarea amiabilă a litigiului este o procedură încurajată de Tribunal, deși în această materie nu există o practică similară în Statele Membre.

¹ A fost semnat la 26 februarie 2001 și a intrat în vigoare la 1 februarie 2003.

² Prin hotărâre publicată în data de 12 decembrie 2005, în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L325, președintele Curții de Justiție a Comunităților Europene a constatat că Tribunalul Funcției Publice al Uniunii Europene a fost legal constituit și își poate începe activitatea jurisdicțională.

³ *Statutul funcționarilor și altor agenți ai Comunităților Europene* a fost adoptat prin Regulamentul comun CEE/CECA/CEE nr. 259/1968 din 29 februarie 1968 (Jurnalul Oficial al Comunităților Europene L 56, din 6 martie 1968); a fost modificat și completat de peste 90 de ori până în prezent, ultima modificare fiind adusă prin Regulamentul Consiliului (CE, Euratom) nr. 723/2004, publicat în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene seria L 124, din 27 aprilie 2004; preambulul acestuia prevede modificarea statutului în sensul „... respectării culturii și tradiției administrației comunitare, fondată pe principiul serviciului către cetățean”.

Parte integrantă a instanței comunitare – Curtea de Justiție și împreună cu Tribunalul de Primă Instanță, misiunea Tribunalului Funcției Publice, însărcinat să se pronunțe cu privire la litigiile rezultând din aplicarea art. 236 din Tratatul instituind Comunitatea Europeană, se înscrie pe aceeași linie procedurală. De la începutul construcției comunitare¹ și până la funcționarea efectivă a acestei instanțe, au fost pronunțate aproximativ 3.000 de hotărâri și ordonanțe în domeniul funcției publice, ceea ce constituie un precedent considerabil care orientează dezvoltarea jurisprudențială a Tribunalului de Primă Instanță.

Procedura înaintea Tribunalului Funcției Publice prezintă aceleași trăsături ca și celelalte două instanțe comunitare. În fapt, într-o primă etapă, acesta a aplicat *mutatis mutandis* regulamentul de procedură al Tribunalului de Primă Instanță, în conformitate cu art. 3 paragraful 4 din Decizia Consiliului 2004/752/CE, până la intrarea în vigoare a propriului său regulament de procedură². Autorii acestuia din urmă nu s-au îndepărtat de la ideea existenței unei uniformități de abordare și de practică între cele trei instanțe comunitare. Anumite elemente de noutate au fost totuși inserate, având în vedere specificul Tribunalului sau dând curs anumitor poziții exprimate de Consiliu, în special prin art. 7 al anexei nr. I din Statutul Curții de Justiție³ (astfel cum a fost modificat prin Decizia Consiliului 2004/752/CE).

Principalele modificări se grupează în jurul a trei idei fundamentale: limitarea procedurii scrise, care nu se mai referă, în principiu, decât la un schimb de memorii, încercarea de soluționare a litigiului pe cale amiabilă, în orice stadiu procedural și acordarea cheltuielilor de judecată conform regulii „perdantul plătește”.

¹ Competența Curții a rezultat inițial, înainte de tratatul de fuziune, din art. 42 din Tratatul CECA, coroborat cu clauza compromisorie din contractul de muncă și cu dispozițiile aplicabile din Regulamentul personalului (în acest, sens, cauza 10/55, Miranda Mirossevich împotriva Înaltei Autorități a Comunității Europene a Cărbunelui și Oțelului, hotărârea din data de 12 decembrie 1956, în European Court Reports - English special edition 1956, pag. 333).

² Acesta a fost aprobat de Consiliu la 19 aprilie 2007; în temeiul art. 225A alin. (5) din Tratatul CE, Tribunalul Funcției Publice își stabilește regulamentul de procedură în acord cu Curtea de Justiție, fiind supus, ulterior, aprobării Consiliului, care statuează cu majoritate calificată.

³ Protocolul privind Statutul Curții de Justiție a fost anexat la Tratatul privind Uniunea Europeană, la Tratatul de instituire a Comunității Europene și la Tratatul de instituire a Comunității Europene a Energiei Atomice, în conformitate cu articolul 7 din Tratatul de la Nisa de modificare a Tratatului de instituire a Uniunii Europene, a Tratatelor de instituire a Comunităților Europene și anumitor acte conexe, semnat la Nisa la 26 februarie 2001 (Jurnalul Oficial al Comunităților Europene seria C 80 din 10.3.2001), și a fost modificat ulterior prin Decizia Consiliului din 15 iulie 2003 (Jurnalul Oficial al Comunităților Europene seria L 188 din 26.7.2003, pag. 1, Ediție specială, 01/vol. 4, pag. 202), prin articolul 13 din Actul privind condițiile de aderare din 16 aprilie 2003 (Jurnalul Oficial al Comunităților Europene seria L 236, 23.9.2003, pag. 37), prin deciziile Consiliului din 19 și 26 aprilie 2004 (Jurnalul Oficial al Comunităților Europene seria L 132 din 29.4.2004, pag. 1 și 5, Ediție specială, 01/vol. 5, pag. 29 și 30), prin Decizia Consiliului din 2 noiembrie 2004 de instituire a Tribunalului Funcției Publice a Uniunii Europene (Jurnalul Oficial al Comunităților Europene seria L 333, 9.11.2004, pag. 7, Ediție specială, 01/vol. 5, pag. 142), prin decizia Consiliului din 3 octombrie 2005 (Jurnalul Oficial al Comunităților Europene seria L 266 din 11.10.2005, pag. 60, Ediție specială, 01/vol. 6, pag. 38), prin articolul 11 din Actul privind condițiile de aderare din 25 aprilie 2005 (Jurnalul Oficial al Comunităților Europene seria L 157, 21.6.2005, pag. 203) și prin decizia Consiliului din 20 decembrie 2007 (Jurnalul Oficial al Comunităților Europene seria L 24 din 29.1.2008, pag. 42).

Abordarea judecătorului comunitar cu privire la drepturile fundamentale în materia funcției publice este aceeași cu cea care guvernează și celelalte domenii ale dreptului comunitar. Drepturile fundamentale fac parte integrantă dintre principiile generale de drept, iar respectarea lor este asigurată de instanță potrivit tradițiilor constituționale comune ale Statelor Membre, ca și instrumentelor internaționale privind protecția drepturilor omului, la care acestea au aderat. În acest sens, o importanță deosebită o prezintă Convenția Europeană a Drepturilor Omului, la care se referă, explicit, art. 6 par. 2 din Tratatul instituind Uniunea Europeană¹.

În ceea ce privește Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene, chiar dacă poate fi o sursă de inspirație pentru recunoașterea și protecția drepturilor cetățenilor Uniunii, precum și un criteriu de referință privind drepturile garantate în ordinea juridică comunitară, pentru moment, ea nu are decât un nivel declarativ, fără forță juridică obligatorie²; acest lucru se va schimba o dată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona.

La începutul lunii iunie 2009, aproximativ 220 de cauze se aflau pe rolul Tribunalului Funcției Publice³: celor 130 de cauze transferate din competența Tribunalului de Primă Instanță li s-au adăugat cele introduse direct înaintea instanței specializate (148 în 2006, 157 în 2007 și aproximativ 110 în 2008 și primele luni ale anului 2009), iar aproximativ 330 au fost soluționate.

Judecătorul comunitar recurge frecvent la metode de interpretare precum cea sistematică sau teleologică, făcând apel la contextul juridic al dispoziției interpretate, precum și la obiectivele urmărite prin reglementarea din care face parte⁴.

Libertatea de exprimare

Libertatea de exprimare este un drept fundamental¹, iar Statutul funcționarilor comunitari îl consacră în art. 17, precizând, totodată, și unele limitări ale sale, stabilite anterior la nivel jurisprudențial: respectarea strictă a principiului loialității și imparțialității.

¹ Cauza T-176/94, K. împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a treia) din data de 13 iulie 1995, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 1995, pag. I-A-00203 și pag. II-621.

² Cauzele conexate T-219/02 și T-337/02, Olga Lutz Herrera împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a cincea) din data de 28 octombrie 2004, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2004, pag. I-A-319 și II-1407; Cauza T-256/01, Norman Pyres împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță din data de 15 februarie 2005, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2005, pag. I-A-23 și II-99.

³ Date preluate din statistici judiciare ale Tribunalului Funcției Publice; sursa: http://europa.eu/index_en.htm.

⁴ Cauza 292/82, Firma E. Merck împotriva Hauptzollamt Hamburg-Jonas, Hotărârea Curții (camera a doua) din data de 17 noiembrie 1983, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1983, pag. 3781; Cauza 337/82, St. Nikolaus Brennerei und Likörfabrik, Gustav Kniepf-Melde GmbH împotriva Hauptzollamt Krefeld, Hotărârea Curții din data de 21 februarie 1984, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1984, pag. 1051; Cauza C-17/03, Vereniging voor Energie, Milieu en Water și alții împotriva Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie, Hotărârea Curții (Marea Cameră) din data de 7 iunie 2005, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 2005, pag. I-04983.

Libertatea de exprimare a funcționarului se referă atât la manifestarea orală, cât și la cea în scris, a opiniilor divergente sau minoritare față de cele ale instituției angajatoare. Libertatea de exprimare se poate exercita în cadrul relațiilor obișnuite de muncă, sau, de exemplu, în cadrul unei evaluări. Astfel, art. 43 din Statut recunoaște în favoarea funcționarului dreptul de a prezenta observațiile pe care le consideră utile în raport cu evaluarea care îi este comunicată, exercitat în mod liber.

Totuși, astfel cum este ilustrat în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, aceste drepturi nu au un caracter absolut, ci comportă anumite limite, a căror motivare se poate regăsi în scopul legitim de a proteja interesele altuia, în sensul art. 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Curtea de Justiție a statuat că regulile care exprimă drepturile și obligațiile ce incumbă funcționarului public european se subsumează acestui scop.

Astfel, în exercițiul dreptului său de exprimare, un funcționar nu ar putea să-și încalce obligațiile statutare, astfel cum rezultă acestea din art. 11, 12 și 17 din Statut, respectiv să rupă relația de încredere de care se bucură în raport cu instituția în care își desfășoară activitatea. Administrația se bucură, așadar, de o anumită „putere de apreciere” în a stabili dacă limitarea libertății de exprimare este proporțională cu scopul legitim urmărit².

Dreptul la apărare

Respectarea dreptului la apărare constituie un principiu fundamental al dreptului comunitar și trebuie să fie asigurată chiar și în absența oricărei reglementări privind procedura în cauză, atât în materie disciplinară, cât și în orice altă materie³. Aceasta

¹ Cauza C-100/88, Augustin Oyowe și Amadou Traore împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Curții (camera a doua) din data de 13 decembrie 1989, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1989, pag. 4285; Cauza T-183/96, E. împotriva Comitetului Economic și Social, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a treia) din data de 17 februarie 1998, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 1998, pag. I-A-67 și II-159; Cauza C-150/98 P, Comitetul Economic și Social al Comunităților Europene împotriva E., Hotărârea Curții (camera a doua) din data de 16 decembrie 1999, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1999, pag. I-8877; Cauzele conexate T-34/96 și T-163/96, Bernard Connolly împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță din data de 19 mai 1999, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 1999, pag. I-A-87 și II-463; Cauza C-274/99 P, Bernard Connolly împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Curții din data de 6 martie 2001, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 2001, pag. I-1611; Cauza T-82/99, Michael Cwik împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a patra) din data de 14 iulie 2000, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2000, pag. I-A-155 și II-713; Cauza C-340/00 P, Comisia Comunităților Europene împotriva Michael Cwik, Hotărârea Curții din data de 13 decembrie 2001, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 2001, pag. I-10269; Cauza T-76/03, Herbert Meister împotriva Oficiului pentru Armonizare în cadrul Pieței Interne (mărci de comerț, desene și modele industriale) (OAPI), Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a treia) din data de 28 octombrie 2004, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2004, pag. I-A-325 și II-1477.

² Cauza C-274/99, menționată la nota de subsol anterioară.

³ Cauza T-372/00, Mário Campolargo împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță din data de 23 aprilie 2002, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2002, pag. I-A-49 și II-223.

corespunde exigențelor unei bune administrări și impune ca persoana vizată să prezinte instanței punctul său de vedere cu privire la elementele reținute în sarcina sa¹. Numai în cazuri excepționale, în care se dovedește a fi practic imposibil sau incompatibil cu interesul de serviciu să se procedeze la o consultare prealabilă a celui interesat, cerințele rezultând din respectarea dreptului la apărare pot fi satisfăcute printr-o audiere în cele mai scurte termene după adoptarea actului administrativ care a provocat un prejudiciu.

Ca expresii particulare ale dreptului la apărare au fost consacrate la nivel jurisprudențial și doctrinar principiul contradictorialității, dreptul de a fi asistat de un avocat, respectarea prezumției de nevinovăție, dreptul de acces la dosarul administrativ².

Accesul la dosarul administrativ este o expresie particulară a dreptului la apărare. Art. 26 din Statut impune principiul existenței unui dosar individual pentru fiecare funcționar, dosar care are un caracter confidențial. Acesta trebuie să cuprindă toate elementele care privesc situația profesională a funcționarului, și toate rapoartele de evaluare, precum și observațiile funcționarului cu privire la acestea.

Scopul urmărit prin art. 26 din Statut este de a se asigura funcționarului respectarea dreptului său la apărare – în special a dreptului de a fi ascultat – și de a se evita, astfel, ca hotărârile instituției angajatoare care îi afectează situația și/sau cariera să fie întemeiate pe fapte legate de comportamentul său, care să nu fie menționate în dosarul individual³.

Așadar, pentru a fi opozabile funcționarului, elementele de fapt care duc la afirmarea unor judecăți de valoare defavorabile în ceea ce îl privește trebuie să fie prevăzute în scris, pentru a-i putea fi aduse la cunoștință, astfel încât acesta să poată formula observații⁴. O decizie care nu întrunește aceste condiții și care nu este comunicată funcționarului este contrară garanțiilor statutare și urmează a fi anulată, pe motiv că este rezultatul unei proceduri ilegale⁵. Sarcina probei revine administrației, care este ținută să demonstreze că

¹ Cauza 26-63, M. Piergiovanni Pistoja împotriva Comisiei Comunității Economice Europene, Hotărârea Curții (Camera a doua) din data de 1 iulie 1964, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - ediție specială în limba engleză, pag. 341; Cauza F-99/06, Adelaida López Teruel împotriva Oficiului pentru Armonizare în cadrul Pieței Interne (mărci de comerț, desene și modele industriale) (OAPI), Hotărârea Tribunalului Funcției Publice (camera întâi) din data de 22 mai 2007, încă nepublicată în repertoriu.

² Cauza T-30/91, Solvay SA împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera întâi extinsă) din data de 29 iunie 1995, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1995, pag. II-01775; Cauza T-36/91, Imperial Chemical Industries plc împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera întâi extinsă) din data de 29 iunie 1995, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1995, pag. II-1847.

³ Cauza T-88/71, Henri Brasseur împotriva Parlamentului European, Hotărârea Curții (camera întâi) din data de 28 iunie 1972, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1972, pag. 499; Cauza T-82/89, Antonio Marcato împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a cincea) din data de 5 decembrie 1990, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1990, pag. II-735.

⁴ Cauza T-344/99, Lucía Recalde Langarica împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a cincea) din data de 20 septembrie 2001, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2001, pag. I-A-183 și II-833.

⁵ Cauza T-233/85, Anna Bonino împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Curții (camera a treia) din data de 12 februarie 1987, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de

faptul că dosarul funcționarului este incomplet sau că o decizie nu i-a fost comunicată persoanei interesate nu a exercitat nici o influență determinantă pentru hotărârea acesteia¹.

Potrivit unei jurisprudențe constante a justiției europene, respectarea dreptului la apărare constituie o condiție de fond, a cărei încălcare poate fi invocată din oficiu². Cu toate acestea, încălcarea dreptului la apărare nu va duce la anularea actului atacat decât dacă, în absența unei astfel de încălcări, procedura ar fi avut un rezultat diferit³, iar elementele lipsă din dosar ar fi putut avea o influență decisivă asupra hotărârii litigioase⁴.

Dreptul la motivarea actelor administrației

Acesta rezultă din obligația generală de motivare înscrisă în art. 253 din Tratatul instituirea Comunității Europene, precum și din dreptul la o bună administrație, și constituie un principiu fundamental al dreptului comunitar, de la care nu pot exista derogări, decât în cazuri excepționale⁵. De altfel, acesta este consacrat explicit și în art. 25 din Statutul funcționarilor comunitari, care dispune că „orice hotărâre care aduce un prejudiciu trebuie să fie motivată”.

Potrivit jurisprudenței constante a Curții de Justiție, o astfel de obligație are drept scop să furnizeze persoanei interesate un indiciu suficient pentru a ști dacă decizia administrației este întemeiată sau dacă este afectată de un viciu care să permită judecătorului comunitar să-și exercite atribuția de control al legalității cu privire la aceasta⁶. Exigențele motivării nu

Justiție 1987, pag. 739; Cauza T-84/92, Finn Nielsen și Pia Møller împotriva Comitetului Economic și Social, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a cincea) din data de 28 septembrie 1993, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1993, pag. II-949; Cauzele conexe T-155/03, T-157/03 și T-331/03, Michael Cwik împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a doua) din data de 13 decembrie 2005, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2005, pag. I-A-411 și II-1865.

¹ Cauza T-142/95, Jean-Louis Delvaux împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a cincea) din data de 18 decembrie 1997, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 1997, pag. I-A-477 și II-1247.

² Cauza C-291/89, Interhotel, Sociedade Internacional de Hoteis SARL împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Curții (camera a doua) din data de 7 mai 1991, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1991, pag. I-2257; Cauza C-367/95, Comisia Comunităților Europene împotriva Chambre syndicale nationale des entreprises de transport de fonds et valeurs (Sytraval) și Brink's France SARL, Hotărârea Curții din data de 2 aprilie 1998, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1998, pag. I-1719.

³ Cauza T-372/00, Mário Campolargo împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță din data de 23 aprilie 2002, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2002, pag. I-A-49 și II-223.

⁴ Cauzele conexe T-155/03, T-157/03 și T-331/03, Michael Cwik împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a doua) din data de 13 decembrie 2005, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2005, pag. I-A-411 și II-1865.

⁵ Cauza T-218/02, Daniela Napoli Buzzanca împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a cincea) din data de 29 septembrie 2005, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2005, pag. I-A-267 și II-1221.

⁶ Cauza C-195/80, Bernard Michel împotriva Parlamentului European, Hotărârea Curții

sunt satisfăcute prin inserarea unor texte cu caracter abstract, lipsite de legături directe cu elementele de fapt ale cauzei¹.

Absența totală a motivării înaintea introducerii unei căi de atac nu poate fi acoperită prin explicațiile prezentate în fața instanței de către instituția angajatoare, după declanșarea procedurii². Din contră, insuficienta motivare furnizată în cadrul procedurii precontencioase nu este de natură să justifice anularea unei decizii administrative doar pentru că explicațiile suplimentare sunt aduse în fața instanței, înțelegându-se totuși că instituția nu poate să substituie o motivare complet nouă unei motivări inițiale eronate³.

Obligația de motivare urmează a fi apreciată în fiecare caz în parte, în raport de decizia atacată, precum și de circumstanțele concrete care au dus la adoptarea acesteia. Pe cale de consecință, dacă o astfel de decizie este luată în condiții de fapt de care funcționarul a avut cunoștință, iar aceste condiții au permis luarea unei măsuri în ceea ce îl privește, decizia va fi considerată ca fiind suficient motivată, și răspunzând obligației de motivare⁴.

Și obligația de motivare constituie o condiție de fond, a cărei încălcare poate fi invocată din oficiu⁵; judecătorul procedează la anularea actului atacat doar dacă, în absența unei astfel de încălcări, „situația de fapt ar fi fost diferită”.

(camera a treia) din data de 26 noiembrie 1981, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1981, pag. 2861; Cauza T-144/03, Nadine Schmit împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a treia) din data de 4 mai 2005, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2005, pag. I-A-101 și II-465.

¹ Cauza T-117/01, Marcos Roman Parra împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (judecător unic) din data de 20 februarie 2002, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2002, pag. I-A-27 și II-121; Cauza T-143/03, Elisabeth Saskia Smit împotriva Office européen de police (Europol), Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a doua) din data de 1 martie 2005, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2005, pag. I-A-39 și II-171; Cauza T-258/03, Andreas Mausolf împotriva Office européen de police (Europol), Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a doua) din data de 1 martie 2005, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2005, pag. I-A-45 și II-189.

² Cauza C-115/92 P, Parlamentul European împotriva Cornelis Volger, Hotărârea Curții (camera a treia) din data de 9 decembrie 1993, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1993, pag. I-6549.

³ Cauza 111/83, Santo Picciolo împotriva Parlamentului European, Hotărârea Curții (camera a doua) din data de 30 mai 1984, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1984, pag. 2323.

⁴ Cauza T-100/00, Franco Campoli împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a cincea) din data de 6 martie 2001, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2001, pag. I-A-71 și II-347.

⁵ Cauza T-12/94, Frédéric Daffix împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a treia) din data de 28 martie 1995, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 1995, pag. I-A-71 și II-233; Cauza C-166/95 P, Comisia Comunităților Europene împotriva Frédéric Daffix, Hotărârea Curții (camera a cincea) din data de 20 februarie 1997, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1997, pag. I-983; Cauza T-117/01, Marcos Roman Parra împotriva Comisiei

Aplicarea principiului nediscriminării

Principiul nediscriminării este consacrat chiar prin art. 1 din Statutul funcționarilor europeni. Astfel, se stabilește că „este interzisă orice discriminare pe motiv de sex, rasă, culoare, origine etnică ori socială, caracteristici genetice, limbă, religie sau convingeri, opinii politice ori de orice altă natură, apartenența la o minoritate națională, avere, naștere, dizabilitate, vârstă sau orientare sexuală”.

Respectarea acestui principiu se face potrivit aceluiași criterii de evaluare, ca și în orice altă ramură a dreptului comunitar. Astfel, se consideră că există o încălcare a sa dacă două categorii de persoane, pentru care situațiile de fapt și de drept nu prezintă diferențe, sunt tratate diferit sau dacă situații diferite sunt tratate identic¹.

În egală măsură, Statutul instituie principiul egalității de tratament și al egalității de șanse între bărbați și femei. Principiul egalității de tratament între bărbați și femei în materie de relații de muncă și, corelativ, absența oricărei discriminări, directe sau indirecte, pe motiv de sex fac parte dintre drepturile fundamentale a căror respectare este asigurată de Curtea de Justiție, în general, și de Tribunalul Funcției Publice, în special, în această materie².

De fapt, acest principiu a fost consacrat cu claritate la nivel jurisprudențial, pentru prima oară, în litigii referitoare la exercitarea unei funcții publice³, prin care Curtea a recunoscut, în cadrul statutului funcționarilor comunitari, necesitatea de a asigura egalitatea în privința condițiilor de muncă pentru bărbații și femeile angajați de Comunitatea însăși, ceea ce avea să prefigureze soluția din cauza Defrenne⁴. Statutul

Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (judecător unic) din data de 20 februarie 2002, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2002, pag. I-A-27 și II-121.

¹ Cauzele conexate 75 și 117/82, C. Razzouk și A. Beydoun împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Curții din data de 20 martie 1984, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1984, pag. 1509; Cauzele conexate T-18/89 și T-24/89, Harissios Tagaras împotriva Curții de Justiție a Comunităților Europene, Ordonanța Tribunalului de Primă Instanță (camera a patra) din data de 25 februarie 1992, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1992, pag. II-153; Cauza T-381/00, Franz-Martin Wasmeier împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a cincea) din data de 11 iulie 2002, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2002, pag. I-A-125 și II-677; Cauza T-208/96, Eberhard Eiselt împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a patra) din data de 17 decembrie 1997, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 1997, pag. I-A-445 și II-1179; Cauza F-101/05, Sabine Grünheid împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului Funcției Publice (camera a doua) din data de 28 iunie 2006, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2006, pag. I-A-1-55 și II-A-1-199.

² Cauza T-45/90, Alicia Speybrouck împotriva Parlamentului European, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a cincea) din data de 28 ianuarie 1992, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1992, pag. II-33.

³ Cauza 20/71, Sabbatini (născută Bertoni) împotriva Parlamentului European, hotărârea Curții din data de 7 iunie 1972, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1975, pag. 345; Cauza 21/74, Airola împotriva Comisiei Comunităților Europene, hotărârea Curții din data de 20 februarie 1975, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 1975, p. 221.

⁴ Cauza 149/77, Gabrielle Defrenne împotriva Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Hotărârea Curții din 15 iunie 1978, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de

permite Comunităților să mențină ori să adopte măsuri care prevăd avantaje specifice destinate facilitării exercitării unei activități profesionale de sexul mai slab reprezentat în cadrul instituției sau compensării dezavantajelor din carieră, cu scopul de a asigura în concret o deplină egalitate între bărbați și femei în viața profesională¹.

Statutul funcționarilor comunitari a introdus principiul inversării sarcinii probei, astfel cum a fost prevăzut în directivele europene privind „egalitatea de tratament”². Dacă o persoană se consideră lezată prin nerespectarea principiului egalității de tratament, simpla prezumție – și nu demonstrarea – a existenței unor elemente de fapt care să genereze discriminări directe sau indirecte face ca instituția să fie cea care este ținută să probeze că nu există o încălcare a acestuia.

Legiuitorul a considerat necesar să facă precizarea expresă că o limitare a principiului nediscriminării trebuie să fie justificată în mod obiectiv și rezonabil și să vizeze obiective legitime ale interesului general, în cadrul politicii de personal. Astfel cum se stabilește în Statut, acestea pot să justifice stabilirea unei vârste de pensionare și a unei vârste minime pentru a beneficia de o pensie pentru limită de vârstă³.

INDEX DE JURISPRUDENȚĂ CITATĂ:

1. Cauza 10/55	Miranda Mirossevich împotriva Înaltei Autorități a Comunității Europene a Cărbunelui și Oțelului
2. Cauza 26-63	M. Piergiovanni Pistoj împotriva Comisiei Comunității Economice Europene

Justiție 1978, pag. 136.

¹ Cauza T-181/01, Chantal Hectors împotriva Parlamentului European, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a cincea) din data de 23 ianuarie 2003, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2003, pag. I-A-19 și II-103; Cauza T-137/03, Ornella Mancini împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a patra) din data de 3 februarie 2005, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2005, pag. I-A-7 și II-27.

² Directiva Consiliului nr. 2000/73/CE din 29 iunie 2000, privind punerea în aplicare a principiului egalității de tratament între persoane, fără deosebire pe motiv de rasă sau de origine etnică, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene seria L 180 din 19 iunie 2000, pag. 22; Directiva Consiliului nr. 2000/78/CE din 27 noiembrie 2000 privind crearea unui cadru general în favoarea egalității de tratament în materie de ocupare a forței de muncă și de relații de muncă, în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene seria L 303 din 2 decembrie 2000, pag. 16; Directiva Consiliului nr. 2004/113/CE din 13 decembrie 2004 privind punerea în aplicare a principiului egalității de tratament cu privire la accesul și furnizarea de bunuri și servicii, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene seria L 373 din 21 decembrie 2004, pag. 37; Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2006/54/CE din 5 iulie 2006 cu privire la punerea în aplicare a principiului egalității de șanse și al egalității de tratament între bărbați și femei în materie de ocupare a forței de muncă, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene seria L 204 din 26 iulie 2006, pag. 26.

³ Cauza C-227/04 P, Maria-Luise Lindorfer împotriva Consiliului Uniunii Europene, Hotărârea Curții (Marea Cameră) din data de 11 septembrie 2007, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție 2007, pag. I-6767; Cauzele conexate T-219/02 și T-337/02, Olga Lutz Herrera împotriva Comisiei Comunităților Europene, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță (camera a cincea) din data de 28 octombrie 2004, în culegerea de jurisprudență a Curții Europene de Justiție - cauze privind funcționarii publici 2004, pag. I-A-319 și II-1407.

3. Cauza 20/71 Sabbatini (născută Bertoni) împotriva Parlamentul European
4. Cauza T-88/71 Henri Brasseur împotriva Parlamentului European
5. Cauza 21/74 Airola împotriva Comisiei Comunităților Europene
6. Cauza 149/77 Gabrielle Defrenne împotriva Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena
7. Cauza C-195/80 Bernard Michel împotriva Parlamentului European
8. Cauzele conexate 75 C. Razzouk și A. Beydoun împotriva Comisiei și 117/82 Comunităților Europene
9. Cauza 292/82 Firma E. Merck împotriva Hauptzollamt Hamburg-Jonas
10. Cauza 337/82 St. Nikolaus Brennerei und Likörfabrik, Gustav Kniepf-Melde GmbH împotriva Hauptzollamt Krefeld
11. Cauza 111/83 Santo Picciolo împotriva Parlamentului European
12. Cauza T-233/85 Anna Bonino împotriva Comisiei Comunităților Europene
13. Cauza C-100/88 Augustin Oyowe și Amadou Traore împotriva Comisiei Comunităților Europene
14. Cauzele conexate Harissios Tagaras împotriva Curții de Justiție a T-18/89 și T-24/89 Comunităților Europene
15. Cauza T-82/89 Antonio Marcato împotriva Comisiei Comunităților Europene
16. Cauza C-291/89 Interhotel, Sociedade Internacional de Hoteis SARL împotriva Comisiei Comunităților Europene
17. Cauza T-45/90 Alicia Speybrouck împotriva Parlamentului European
18. Cauza T-30/91 Solvay SA împotriva Comisiei Comunităților Europene
19. Cauza T-36/91 Imperial Chemical Industries plc împotriva Comisiei Comunităților Europene
20. Cauza T-84/92 Finn Nielsen și Pia Møller împotriva Comitetului Economic și Social
21. Cauza C-115/92 P Parlamentul European împotriva Cornelis Volger
22. Cauza T-12/94 Frédéric Daffix împotriva Comisiei Comunităților Europene
23. Cauza T-176/94 K. împotriva Comisiei Comunităților Europene
24. Cauza T-142/95 Jean-Louis Delvaux împotriva Comisiei Comunităților Europene
25. Cauza C-166/95 P Comisia Comunităților Europene împotriva Frédéric Daffix
26. Cauza C-367/95 Comisia Comunităților Europene împotriva Chambre syndicale nationale des entreprises de transport de fonds et valeurs (Sytraval) și Brink's France SARL
27. Cauzele conexate Bernard Connolly împotriva Comisiei Comunităților T-34/96 și T-163/96 Europene
28. Cauza T-183/96 E. împotriva Comitetului Economic și Social
29. Cauza T-208/96 Eberhard Eiselt împotriva Comisiei Comunităților Europene
30. Cauza C-150/98 P Comitetul Economic și Social al Comunităților Europene împotriva E.

31. Cauza T-82/99	Michael Cwik împotriva Comisiei Comunităților Europene
32. Cauza C-274/99 P	Bernard Connolly împotriva Comisiei Comunităților Europene
33. Cauza T-344/99	Lucía Recalde Langarica împotriva Comisiei Comunităților Europene
34. Cauza T-100/00	Franco Campoli împotriva Comisiei Comunităților Europene
35. Cauza C-340/00 P	Comisia Comunităților Europene împotriva Michael Cwik
36. Cauza T-372/00	Mário Campolargo împotriva Comisiei Comunităților Europene
37. Cauza T-381/00	Franz-Martin Wasmeier împotriva Comisiei Comunităților Europene
38. Cauza T-117/01	Marcos Roman Parra împotriva Comisiei Comunităților Europene
39. Cauza T-181/01	Chantal Hectors împotriva Parlamentului European
40. Cauza T-256/01	Norman Pyres împotriva Comisiei Comunităților Europene
41. Cauza T-218/02	Daniela Napoli Buzzanca împotriva Comisiei Comunităților Europene
42. Cauzele conexate T-219/02 și T-337/02	Olga Lutz Herrera împotriva Comisiei Comunităților Europene
43. Cauza C-17/03	Vereniging voor Energie, Milieu en Water și alții împotriva Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie
44. Cauza T-76/03	Herbert Meister împotriva Oficiului pentru Armonizare în cadrul Pieței Interne (mărci de comerț, desene și modele industriale) (OAPI)
45. Cauza T-137/03	Ornella Mancini împotriva Comisiei Comunităților Europene
46. Cauza T-143/03	Elisabeth Saskia Smit împotriva Office européen de police (Europol)
47. Cauza T-144/03	Nadine Schmit împotriva Comisiei Comunităților Europene
48. Cauzele conexate T-155/03, T-157/03 și T-331/03	Michael Cwik împotriva Comisiei Comunităților Europene
49. Cauza T-258/03	Andreas Mausolf împotriva Office européen de police (Europol)
50. Cauza C-227/04 P	Maria-Luise Lindorfer împotriva Consiliului Uniunii Europene
51. Cauza F-101/05	Sabine Grünheid împotriva Comisiei Comunităților Europene
52. Cauza F-99/06	Adelaida López Teruel împotriva Oficiului pentru Armonizare în cadrul Pieței Interne (mărci de comerț, desene și modele industriale) (OAPI)

REFLECTAREA STANDARDELOR EUROPENE PRIVIND DREPTUL MĂRII ÎN LEGISLAȚIA NAȚIONALĂ

Lector Universitar Drd. POPESCU DANIELA NICOLETA,
Universitatea Română de Științe și Arte Gheorghe Cristea

Abstract

Alongside with the discovery of new continents, the seas and the oceans played a special part in the long historical process of states formation and development, contributing substantially to the establishment of economic, cultural and strategico-military interests within relations between the states. The extension of the European Union also took into account the fact that two thirds of the UE borders are on the coast and the maritime spaces situated in the jurisdiction of the Member States are larger than their terrestrial territories.

Therefore, the exploration and the exploitation of the marine resources must be done in democratic conditions on an equal basis taking into consideration the interests of all the UE member countries as well as the ones of the riverside non-members.

Keywords: dreptul mării, resurse marine, zona economică exclusivă, platoul continental, state riverane.

Odată cu descoperirea de noi continente, mărilor și oceanele, au avut un rol deosebit în procesului istoric îndelungat al formării și dezvoltării statelor, contribuind substanțial în stabilirea intereselor economice, culturale și militar-strategice în relațiile dintre state .

Conform realității geografice, 71% din suprafața Terrei este acoperită de mări și oceane în ale căror adâncuri se află resurse nebănuite de hrană și resurse energetice constând în :petrol ,gaze naturale,mangan ,cobalt, uraniu¹, necesare pentru întreaga omenire .

Extinderea Uniunii Europene a avut în vedere și faptul că două treimi din granițele UE sunt de coastă iar spațiile maritime aflate în jurisdicția Statelor Membre sunt mai mari decât teritoriile terestre ale acestora. Prin urmare, recunoașterea potențialului economic al dimensiunii maritime privesc UE în întregime ei, având în vedere că regiunile maritime totalizează mai mult de 40% din PIB² .

Politica Uniunii Europene cu privire la mări și oceane trebuie să fie dezvoltată într-un context internațional. deoarece aceasta nu poate fi administrată fără cooperarea țărilor terțe și fără a face parte din forumuri multilaterale. Astfel că, explorarea și exploatarea resurselor marine trebuie să se facă în condiții democratice pe o bază echitabilă, ținând seama de interesele tuturor țărilor membre ale UE cât și ale țărilor nemembre riverane .

În ceea ce privește administrarea mărilor și oceanelor, UE pune accent pe o nouă abordare dar nu din punct de vedere sectorial ci ca pe un întreg. În cazul în care Europa va înfrunta provocarea de a găsi o mai bună relație cu oceanele, nu numai industria va trebui să se inoveze, ci și cei ce elaborează politicile.

¹ E.du Pontavice, P.Cordier, La mer et le droit, Presses Universitaires de France,Paris, 1984, p.2

² Se estimează că între 3 și 5% din Produsul Intern Brut al Europei este generat de industriile și serviciile marine, fără a se include valoarea materiilor prime, cum ar fi uleiul, gazul sau peștele.

Politicile Uniunii Europene din domeniul transportului maritim, industriei marine, energiei din larg și altor domenii relevante, au fost dezvoltate separat întrucât nimeni nu a examinat într-o manieră sistematică cum ar putea aceste politici să fie combinate pentru a se întări reciproc.

Prin noi modalități de elaborare și implementare a politicilor la nivel local, național și la nivelul UE, precum și la nivel internațional, prin dimensiunea externă a politicilor interne se caută soluții pentru a preveni consecințe negative asupra mediului marin .

Punctul cheie de pe agendei UE¹ constă în asigurarea creșterii economice, bunăstarea socială și protecția mediului marin. Astfel, Uniunea europeană, intenționează să întărească guvernarea globală a oceanelor și marilor printr-o abordare europeană globală și durabilă față de tot ceea ce privește domeniul maritim. Principalele domenii de acțiune propuse la inițiativa Comisiei Europene sunt: industria și tehnologia maritimă, cercetarea și dezvoltarea maritimă, protecția mediului marin, transportul maritim, turismul, gestionarea zonelor de coastă, industria pescuitului, noua politică de vecinătate, energia și resursele naturale marine.

Este important să se aplice cele mai bune principii și practici în elaborarea strategiilor maritime în dezvoltarea economică și adaptarea necesară la schimbările climatice a zonelor de coastă deoarece acestea sunt cele mai expuse riscurilor .²

În calitate de stat suveran la Marea Neagră, România³ a aplicat și aplică, în întregime, prevederile Convenției asupra Dreptului Mării în raporturile cu alte state ale lumii, în special în raporturile cu vecinii, ceea ce asigură și promovează interesele specifice ale țării noastre , în ceea ce privește desfășurarea în marea liberă a activităților de navigație, survol, pescuit, explorare și exploatare a resurselor biologice și minerale.

Convenția asupra Dreptului Mării consfințește, drepturile suverane ale statelor riverane de exploatare, explorare și conservare a resurselor naturale ale zonelor lor economice exclusive⁴, cât și prospectarea și exploatarea resursele minerale, inclusiv de țiței și gaz metan, aflate în perimetrul platoului continental ale acestora .

Prin participarea la Convenție, România își apără și promovează intereselor țării, în cadrul organismelor înființate în baza Convenției asigurând accesul la tehnologiile de vârf și la rezultatele cercetărilor științifice din domeniul maritim cât și la activitățile de prospectare și exploatare a resurselor din zona internațională a teritoriilor submarine, prin intermediul autorității internaționale pentru fundul mărilor și oceanelor. Astfel, România

¹ “Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the review of the Sustainable Development Strategy: A platform for action”- COM(2006) 658 final/2 Documentele Comisiei sunt disponibile la <http://eur-lex.europa.eu/>, ale Consiliului la <http://www.consilium.europa.eu>, iar ale Parlamentului la <http://www.europarl.europa.eu>

² Recomandarea privind managementul integrat al zonei de coastă (ICZM) invită la o abordare strategică a amenajării și managementului zonelor de coastă. Zonele de coastă sunt din ce în ce mai expuse riscurilor aferente schimbărilor climatice și ar trebui să se afle în centrul măsurilor de atenuare și adaptare.

³ Prin legea nr.110 din 10 octombrie 1996 privind ratificarea Convenției Națiunilor Unite asupra dreptului mării, încheiată la Montego Bay (Jamaica) la 10 decembrie 1982, și aderarea la Acordul referitor la aplicarea părții a XI-a a Convenției Națiunilor Unite asupra dreptului mării, încheiat la New York la 28 iulie 1994

⁴ Zona economică exclusivă nu se întinde dincolo de 200 de mile marine de la liniile de bază de la care se măsoară lățimea mării teritoriale .

poate participa și beneficia de resursele piscicole ale oceanului planetar, mai ales în zonele în care acesta este deosebit de bogat .

România, ca Stat Membru al Uniunii Europene cu ieșire la mare, este interesată direct să dezvolte o politică maritimă europeană integrată ale cărei principii și linii directoare de acțiune să fie aplicate și Mării Negre și mai ales, să fie cât mai apropiate de interesele noastre specifice în regiune. . România și Bulgaria, își vor prezenta propriile interese și priorități de evoluție ale zonei de litoral și maritime¹.

Rezolvarea problemelor legate de mediul marin la nivel regional este recunoscută prin Strategia marină a UE și prin propunerea Directivei pentru strategia privind mediul marin² unde statele membre ale UE trebuie să coopereze, în toate mările regionale unde UE este riverană, cu toate țările din regiune. În acest scop, statele membre vor fi încurajate să desfășoare activitatea în cadrul convențiilor regionale privind mările, inclusiv Comisia Mării Negre³.

Marea Neagră este o regiune unde pescuitul este important, iar majoritatea stocurilor transfrontaliere sunt într-o situație precară fiind necesară identificarea de noi modalități pentru a asigura folosirea rațională și responsabilă a resurselor prin cercetarea mediului marin, prin culegerea de date și prin evaluarea stocurilor în regiunea Mării Negre⁴.

Politică maritimă europeană trebuie să fie în concordanță cu strategiile deja existente ale Uniunii, cum ar fi Strategia Lisabona sau strategia de dezvoltare durabilă astfel încât calitatea vieții locuitorilor din aceste zone să fie maximizată pentru viitor printr-o dezvoltare integrată a transportului maritim, industriei maritime, energiei maritime și pescuitului în cadrul UE.

"Sunt convins că o mare parte din viitorul nostru depinde de potențialul încă nevalorificat al oceanelor. Propunerea noastră pentru o politică maritimă integrată a fost elaborată pentru a genera bunăstare, locuri de muncă și sustenabilitate", a declarat Jose Manuel Barroso, președintele Comisiei Europene. Pentru prima dată în istoria Uniunii Europene dimensiunea maritimă a Europei devine o prioritate strategică pentru Comisie .

În cadrul Comisiei Europene s-a propus un plan de acțiune care are la bază propunerile unui grup director alcătuit din 10 comisari și prezidat de Joe Borg, comisarul european pentru Pescuit și Afaceri Maritime. În cadrul acestui plan de acțiune, UE dorește să elaboreze o strategie europeană privind cercetarea în domeniul marin care să creeze un spațiu european de transport maritim fără frontiere, o rețea europeană de supraveghere maritimă, o rețea de stocare a informațiilor din domeniul marin, o foaie de parcurs privind amenajarea spațiului maritim elaborată de către statele membre și să elimine practicile ilegale de pescuit din largul mării cu traulere de fund, care au efecte distructive asupra fundului marin .

Restabilirea echilibrului ecologic al oceanelor și mărilor europene se realizează prin menținerea unei „bune stări ecologice ale acestora”, concretizată la nivel european prin

¹ Marea Neagră ,după aderarea României și Bulgariei la UE din anul 2007, când a devenit graniță europeană și implicit mare comunitară, este adăugată pe lista regiunilor maritime (articolul 4) în modificările propuse de Parlament și acceptate de Comisie în cadrul Directivei privind strategia pentru mediul marin, Bruxelles, 24.7.2007 COM(2007) 456 final

² COM (2005) 504 și COM (2005) 505 din 24 octombrie 2005.

³ Aderarea Comunității la Convenția pentru protejarea Mării Negre împotriva poluării este o prioritate în discuțiile internaționale privind toate aspectele de mediu marin la nivel regional .

⁴ Sinergia mării negre – o nouă inițiativă de cooperare regională, Comisia Comunităților Europene, Bruxelles, 11.04.2007 COM(2007) 160 final

Directiva privind strategia pentru mediul marin care constituie pilonul ecologic al viitoarei politici maritime a Uniunii Europene anunțată în Cartea Verde intitulată „Către o viitoare politică maritimă pentru Uniune: O viziune europeană asupra mărilor și oceanelor”¹.

Revendicarea moștenirii maritime europene și reafirmarea identității maritime spre o viitoare politică maritimă pentru Uniunea Europeană, se poate face numai prin contribuția comună a generațiilor prezente și viitoare la prosperitatea economică vizând oportunitățile oferite de mările și oceanele Europei.

Comisia a recunoscut importanței abordării ecosistemice pentru gestionarea mediului marin european, a cooperării dintre statele membre și țările care nu fac parte din Uniunea Europeană² pentru dezvoltarea și punerea în aplicare la nivel regional a strategiilor pentru mediul marin și a necesității de dezvoltare a integrării aspectelor legate de mediu³.

În concluzie, Uniunea Europeană cere statelor membre să adopte o poziție comună în vederea realizării unei bune stări ecologice prin elaborarea de strategii marine până în anul 2012 pentru sporirea protecției mediului marin din oceanele și mările noastre. Dimensiunea transfrontalieră a mediului maritim contribuie la o abordare comună cu statele care nu fac parte din Uniunea Europeană în cadrul politicii de bună vecinătate vizând cooperarea și dezvoltarea la nivel regional a strategiilor pentru mediu marin.

Economia maritimă este deosebit de importantă în cadrul Uniunii Europene care încurajează investițiile în aceste sectoare și anume dezvoltarea producției de energie în largul mării, navigația și transportul maritim⁴, dezvoltarea porturilor, exploatarea resurselor de petrol și de gaz și acvacultura.

BIBLIOGRAFIE

Dumitra Popescu, Adrian Nastase, Florian Coman-Drept internațional public-Casa de editură și presă „Șansa” SRL, București, 1994

E. du Pontavice et P. Cordier, La mer et le droit, t.I, Droit de la mer, Paris, Presses Universitaires de France, 1984,

Directivei privind strategia pentru mediul marin, Bruxelles, 24.7.2007 COM(2007) 456 final

COM (2005) 504 și COM (2005) 505 din 24 octombrie 2005.

Directiva - cadru „Strategia pentru mediul marin” 2008/56/CE

Sinergia mării negre – o nouă inițiativă de cooperare regională, Comisia Comunităților Europene, Bruxelles, 11.04.2007 COM(2007) 160 final

Documentele Comisiei sunt disponibile la <http://eur-lex.europa.eu/>,

Documentele Consiliului la <http://www.consilium.europa.eu>

Documentele Parlamentului la <http://www.europarl.europa.eu>

http://ec.europa.eu/maritimeaffairs/pdf/com_2006_0275_en_part2.pdf

¹ Cartea Verde intitulată „Către o viitoare politică maritimă pentru Uniune: O viziune europeană asupra mărilor și oceanelor” a fost adoptată de către Comisie la 7 iunie 2006.

² Vezi –Directiva - cadru „Strategia pentru mediul marin” 2008/56/CE, care constituie pilonul de mediu al politicii maritime integrate

³ Directivele relevante cum ar fi: Directiva-cadru privind apa, Directiva „Păsările”, Directiva „Habitatele”;

⁴ http://ec.europa.eu/maritimeaffairs/pdf/com_2006_0275_en_part2.pdf

CONSIDERAȚII GENERALE PRIVIND PREVENIREA ȘI COMBATERICA INFRAȚIONALITĂȚII STRADALE. CAUZELE GENERATOARE ALE ACESTEIA

Doctorand SAVU SEBASTIAN
I.G.P.R.

L'infraction est une violation d'une loi de l'État, résultant d'un acte externe de l'homme, positif ou négatif, socialement imputable, ne se justifiant pas par l'accomplissement d'un devoir ou l'exercice d'un droit et qui est frappé d'une peine prévue par la loi.

Dans cet article, j'ai essayé de souligner quelques particularités des infractions commises dans la rue.

A mon avis, les infractions commises dans la rue sont très visibles et elles ont des conséquences directes sur les citoyens.

Aussi, dans ce texte j'ai écrit quelques phrases des délinquants et les causes qui les déterminent à commettre des infractions, particulièrement les infractions commises dans la rue.

Infraționalitatea stradală este o problemă socială ce afectează calitatea vieții, în special a celei urbane, generând sentimentul de insecuritate în rândul populației. Un element definitoriu al criminalității stradale îl reprezintă faptul că infracțiunile tind să fie mult mai vizibile având consecințe imediate și directe asupra cetățenilor din toate categoriile sociale.

Am încercat în acest articol să prezint câteva aspecte generale referitoare la infracțiunile stradale, infracțiuni cu un deosebit impact negativ asupra cetățenilor și modul în care instituțiile statului cu atribuții în domeniu se implică în prevenirea și combaterea acestui gen de fapte.

De asemenea, am prezentat cauzele generatoare ale criminalității stradale și o tipologie a autorilor unor astfel de infracțiuni.

Auzim zilnic de infraționalitate stradală, dar nu-i dăm atenție până când noi înșine sau cineva drag nouă devine victima unei crime violente sau agresiuni fizice stradale.

Asigurarea climatului de normalitate civică, de ordine și siguranță publică a reprezentat permanent o prioritate pentru societate, care prin structurile sale specializate a căutat să identifice cele mai eficiente forme și modalități de realizare a acestui obiectiv. Modelele diferite de organizare a autorităților însărcinate cu asigurarea ordinii publice au determinat și abordări diferite în planul aplicării acestora, bazate pe realitățile specifice fiecărei țări.¹

Toate statele de drept recunosc responsabilitatea ce le revine de a apăra și proteja, conform legii lor, obligațiile și angajamentele internaționale în materia drepturilor omului, ordinea democratică stabilită în mod liber și cu atât mai mult caută soluții în vederea prevenirii și combaterii infraționalității stradale, infraționalitate cu un specific de natură

¹ Hotărârea numărul 196 din 17 martie 2005 privind aprobarea Strategiei Ministerului Administrației și Internelor de realizare a ordinii și siguranței publice, pentru creșterea siguranței cetățeanului și prevenirea criminalității stradale

a crea mari prejucii de imagine autorităților abilitate să vegheze la respectarea normelor de conviețuire socială.

Orice acțiune ce aduce prejucii societății ca și cea care lezează drepturile și interesele indivizilor izolați, dă naștere nu numai unei reacții firești de combatere, dar și de apărare preventivă, stimulând întreprinderea unor măsuri anticipative pentru ca răul să nu se mai producă, să nu se mai repete.¹

Noțiunea de „infracționalitate stradală” este o particularizare a infracționalității în general, pentru că ea se referă la un anumit gen de infracțiuni și anume la infracțiunile comise „în stradă”.

În conformitate cu cadrul dispozițional al Poliției Române, se consideră infracțiuni comise în stradă, faptele săvârșite în una din următoarele locații: străzi, alei, parcuri, zone de agrement, terenuri virane, mijloace de transport, gări, autogări, metrou. Nu se includ în sfera infracțiunilor stradale, faptele comise în holurile și lifturilor blocurilor, curți, garaje, incinte ale societăților comerciale.

Totuși, se pot cataloga ca infracțiuni stradale, furturile din societățile comerciale, numai dacă în interiorul acestora s-a pătruns prin efracție din stradă.

Analizând situația infracțiunilor stradale înregistrate în anul 2009, la nivelul țării, am constatat că 65% dintre acestea au fost comise pe timpul nopții, aceasta fiind una din particularitățile infracțiunilor stradale.

De asemenea, 87% din infracțiunile stradale, s-au înregistrat în mediul urban, astfel încât se poate concluziona că acest gen de infracțiuni se comite cu precădere în mediu urban și pe timpul nopții.

Ponderea cea mai mare în cadrul infracțiunilor stradale este deținută de furturi, respectiv 83,4%, iar dintre acestea cele mai numeroase sunt furturile din autovehicule (57,1%). Având în vedere că infracțiunea de tâlhărie deține 6,6% din totalul infracțiunilor stradale, putem afirma că 90% dintre infracțiunile stradale sunt infracțiuni contra patrimoniului. Infracțiunile prevăzute de Legea 61/1991 pentru sancționarea faptelor de încălcare a unor norme de conviețuire socială, a ordinii și liniștii publice reprezintă 4,9% din infracțiunilor stradale, iar traficul și consumul ilicit de droguri 3,3%.

Criminalitatea stradală constituie un fenomen de o gravitate deosebită pentru societate, atât prin consecințele imediat materiale ale faptelor săvârșite, cât și prin faptul că aceste fapte sunt comise în locuri publice, generând astfel un sentiment de nesiguranță în rândul indivizilor, care sunt martori la acest gen de infracțiuni și care așteaptă o reacție promptă a organelor abilitate.

În acest sens, la nivelul Ministerului Internelor și Reformei Administrative, a fost elaborată o strategie de realizare a ordinii și siguranței publice, pentru creșterea siguranței cetățeanului și prevenirea criminalității stradale, aprobată de Guvernul României prin Hotărârea numărul 196 din 17 martie 2005.

Această strategie are ca scop “prevenirea și combaterea fenomenului infracțional, garantarea și apărarea drepturilor și libertăților constituționale, a siguranței cetățenilor, a proprietății publice și private, asigurarea climatului necesar funcționării instituțiilor statului, în conformitate cu prevederile legii”.²

¹ Iacob Adrian – Conceptul, necesitatea și importanța socială a activității de prevenire a criminalității – Colecția de articole AIT - 2008

² Hotărârea numărul 196 din 17 martie 2005 privind aprobarea Strategiei Ministerului Administrației și Internelor de realizare a ordinii și siguranței publice, pentru creșterea siguranței cetățeanului și prevenirea criminalității stradale

Criminalitatea stradală este rezultanta unei multitudini de circumstanțe, cele mai semnificative fiind consumul frecvent de alcool, numărul crescut de minori lăsați fără supraveghere care se asociază unor grupuri stradale. În plus, lipsa reacției publice în cazul comiterii unor furturi sau tâlhării pe strada este un atu pentru infractori.

Ceea ce îi determină pe unii să comită infracțiuni stradale sunt problemele sociale cu care se confruntă. Aici putem vorbi despre: sărăcie, criminalitate economico-financiară, abandonul școlar, lipsa unei locuințe, lipsa unui loc de muncă, , consumul de alcool și droguri, tabagismul, tensiuni și dezorganizări familiale, atracția pentru jocurile de noroc, slaba supraveghere a copiilor, lipsa controlului social.

Un alt motiv care duce la degradarea în mentalitatea omului, a respectului față de valorile sociale (care sunt viața, integritatea și sănătatea fizică și psihică, respectarea dreptului de proprietate, a dreptului la libera circulație) și deci care conduce la săvârșirea faptelor antisociale stradale, este promovarea prin *mass-media* (ziare, reviste, diverse publicații, radio, televiziune) a acestor fapte antisociale, care deseori sunt prezentate într-o manieră distorsionată, exagerată, parcă tocmai cu scopul de a incita și pe alți indivizi la comiterea unor astfel de fapte. Prin acțiunea de manevrare a maselor prin diferite mijloace de către diverse grupuri de interes din lumea interlopa, se reușește de multe ori să se imprime în conștiința maselor de indivizi o lipsă de apreciere față de respectarea legilor și normelor de conduită morală și civilă, deschizând astfel un culoar pentru satisfacerea dorinței de refulare a energiei negative acumulate, fapt exteriorizat prin săvârșirea de fapte violente și manifestări antisociale în plină stradă, indiferent de timp sau loc.

Relația dintre criminalitatea stradală și nivelul de instruire și educație scăzut nu poate fi neglijată. Indivizii cu un volum redus de cunoștințe, cu curențe educaționale pronunțate, fără o reprezentare exactă a valorilor și normelor sociale, nu discern binele de rău, licitul de ilicit.

După cum apreciază literatura de specialitate, eșecul școlar este unul dintre factorii principali care facilitează comiterea infracțiunilor de către minori și tineri.

Nu putem vorbi despre o pondere și o ierarhie a acestor factori în declanșarea mecanismului complex al infracțiunii, întrucât acești factori pot interveni în diferite momente și etape ale activității infracționale, manifestându-se cu grade diferite de intensitate.

Ținând cont că majoritatea infracțiunilor stradale sunt infracțiuni contra patrimoniului, se impune efectuarea unei analize asupra tipologiei autorilor unor astfel de infracțiuni.

Astfel, autorii furturilor sunt în *general persoane cu situație financiară deficitară*. Un procent ridicat dintre autorii care ne interesează, nu aveau la momentul săvârșirii faptei nici un loc de muncă. Frustrarea ce rezultă din imposibilitatea unui trai comod/decent, prezenta chiar și în cazul celor ce muncesc, este un factor demn de luat în considerare.

Lipsa veniturilor este un factor determinant în crearea *unui cadru familial necorespunzător*, alături de natura relațiilor intrafamiliale. Lipsa integrității familiei (familii monoparentale, reîntregite, dezorganizate) constituie cauze favorizatoare ale infracționalității.

Parazitismul social, lipsa unei ocupații utile societății în cazul unei persoane apte de muncă, constituie unul din factorii care favorizează în mare măsură comiterea de infracțiuni și alte fapte antisociale.¹

¹ Iacob Adrian – Direcțiile activității de prevenire a săvârșirii de infracțiuni și contravenții în activitatea organelor de poliție comunitară, **Colecția de articole AIT – 2008**

Școala reușește în prea mică măsură să compenseze lipsa autorității și a educației din familie. Cu un sistem axat în principal pe predarea de informații, această instituție dispune și acorda prea puțin timp supravegherii și îndrumării copiilor cu probleme. Acest lucru este cu atât mai accentuat cu cât timpul petrecut în școala de către autorii de infracțiuni este unul redus. *Cei mai mulți dintre autorii infracțiunilor sunt absolvenți de studii primare, cel mult gimnaziale.*

Lipsa utilității studiilor în asigurarea unui trai confortabil este o idee de bază a majorității infractorilor. Ea, contribuie alături de ceilalți factori menționați la ***înlocuirea modelului de succes în viața bazat pe ideea utilității sociale, a asumării unui rol în comunitate, cu un model bazat pe acumularea de bunuri materiale cu un efort minim depus.***

La nivelul analizei infractorilor trebuie luate în considerare și alte două aspecte.

Unul este cel legat de *factorii declanșatori* ai infracțiunii, dintre care *consumul de alcool* este cel identificat în cele mai multe dintre cazuri.

Alt aspect este legat de *posibilitățile de integrare economică și socială a infractorilor*. Eficiența consilierii dar și a cursurilor de educare/specializare în muncă poate fi măsurată și prin numărul recidiviștilor și al persoanelor cu antecedente penale.

Aceste caracteristici sunt valabile pentru autorii tuturor categoriilor de furturi luate în considerare. Singura clasificare ce se poate realiza între tipul de furt și tipologia autorului este cea bazată pe motivul direct al comiterii infracțiunilor.

O primă categorie de hoși este reprezentată de ***hoșii amatori***. Ca și motive ale comiterii, acestea țin de sărăcie și de incapacitatea de a obține venituri. Bunurile furate sunt destinate propriului consum sau obținerii veniturilor destinate acestui scop. Din categoria furturilor de necesitate fac parte furturile din buzunare, genți etc. și o parte a furturilor din societăți comerciale. Autorii sunt în multe cazuri persoanele defavorizate - vagabonzi, cerșetori, dar și din rândul celor foarte săraci; toți apelează la această strategie de supraviețuire pornind de la ceea ce vad în jurul lor - în cartierele marginase, locuite de persoane cu situație socială și financiară deficitară. În general este cunoscut faptul că infracționalitatea se învață. Dacă furturile din buzunare/genți sunt furturi "ușoare", mulți ajung să se specializeze și să evolueze în timp la genuri de infracțiuni mai complexe, preluând tehnicile de la cei mai mari, întâlniți în anturajul obișnuit sau chiar în închisoare.

În cazul acestei categorii de hoși activitatea de prevenire este extrem de dificilă și presupune în primul rând identificarea unor soluții cu privire la găsirea unui loc de muncă pentru acești indivizi. Poliția poate acționa asupra acestei categorii de potențiali autori numai printr-o campanie de informare cu privire la riscurile și sancțiunile ce decurg din comiterea unor astfel de fapte.

Conceptual, prevenirea este o strategie „ante - delictum”, care a devenit o necesitate de stricte actualitate în toate statele. În cadrul acestei strategii intră toate inițiativele și acțiunile care pot opri, altfel decât prin coerciția aplicată, „post factum” evoluția fenomenului criminalității.¹

Cele mai multe furturi din societăți comerciale sunt furturi săvârșite de profesioniști, în scopul obținerii unor venituri substanțiale.

¹ Iacob Adrian – Conceptul, necesitatea și importanța socială a activității de prevenire a criminalității – Colecția de articole AIT - 2008

Hoții profesioniști sunt cei care si-au făcut o meserie din a fura. Furturile de acest gen, în care se încadrează cele mai multe furturi din societăți comerciale și din locuințe, presupun un prejudiciu și un efort mai mare al autorilor de organizare și premeditare. În cele mai multe cazuri ei acționează în grupuri ocazionale, formate în jurul unor lideri - specialiști în genul respectiv de infracțiune, care atrag în jurul lor tineri pe care "ii școlesc". Grupurile se formează pe criteriul vecinătății sau pe baza relațiilor create între infractori în perioada de detenție. În analiza acestor grupări apare conceptul de "turism infracțional", care presupune comiterea infracțiunilor "la pont" sau întâmplător pe traseul parcurs, într-o localitate diferită de cea în care autorii domiciliază. Acest turism apare tot ca o specializare/adaptare la limitele autorităților. Preferă să săvârșească faptele în locuri în care sunt necunoscuți organelor de poliție, fiind greu de supravegheat și monitorizat.

Specializarea hoților rezulta și din adaptarea la tehnologiile de care poliția dispune și pe care le-ar putea utiliza împotriva lor. Astfel, infractorii au învățat să nu lase urme, cum să se ferească de camerele de filmat și au o rapiditate în acțiune ce le permite să anuleze eficiența sistemelor de alarmare.

Prin adaptarea la tehnologiile existente și prin turismul infracțional, hoții specializați sunt foarte greu de identificat și mai ales, de probat spre deosebire de categoria hoților amatori, ai furturilor din necesitate, care acționează în zona unde domiciliază și pentru care polițiștii pot obține informațiile necesare.

Principala instituție care are ca atribuție "aplicarea de măsuri de prevenire și combatere a fenomenului infracțional și contracararea a acțiunilor elementelor care atentează la viața, libertatea, sănătatea și integritatea persoanelor, a proprietății private și publice, precum și a altor interese legitime ale comunității"¹ este Poliția Română, fiind direct interesată de prevenirea și combaterea infracționalității stradale.

În acest sens, în perioada 2007 – 2009 la nivelul Poliției Române, s-au derulat proiecte de prevenire și combatere a criminalității stradale, care au avut la bază sondaje de opinie realizate în rândul populației, fiind stabilite tipurile de infracțiuni identificate ca priorități naționale și locale.

La nivelul fiecărui județ au fost implementate programe de prevenire și combatere a criminalității stradale în sistem integrat, la care au fost atrași și determinați parteneri locali la colaborare efectivă.

Situația actuală evidențiază existența unor disfuncționalități în activitatea de ordine și siguranță publică, în direcția prevenirii infracțiunilor stradale care au un impact negativ asupra siguranței cetățeanului, deși întotdeauna Poliția Română a avut ca prioritate reducerea numărului faptelor stradale cu impact negativ asupra ordinii și liniștii publice, în sensul că infracțiunile stradale se mențin la un nivel ridicat, ceea ce ar putea genera un sentiment de insecuritate în rândul cetățenilor.

Un rol important în acest cadru îl are activitatea preventivă. "Experiența a demonstrat că organizarea unei activități preventive eficiente, oricâte eforturi s-ar impune, este incomparabil mai ușor de realizat și mai ușor de realizat și mai eficientă decât activitatea de descoperire a faptelor antisociale"², în cazul nostru săvârșite în stradă.

În sens general, prevenirea criminalității poate fi definită ca „ansamblul de măsuri economice, sociale, politice, administrative și juridice menite să ducă la buna desfășurare a

¹ Legea nr.218/2002 privind organizarea și funcționarea Poliției Române

² S.Șerb, C-tin Drăghici, A.Iacob, A.Ignat – Drept polițienesc, Editura Tritonic, București, 2003, pag. 52.

relațiilor sociale și la înlăturarea cauzelor și condițiilor ce favorizează comiterea de infracțiuni și alte fapte antisociale”

Acționând asupra factorilor cauzali ai criminalității stradale, activitatea de prevenire urmărește să reducă treptat efectul lor negativ și prin această să contribuie la reducerea numărului și gravității infracțiunilor stradale. Această activitate presupune, prin însăși natura ei o stare de alertă continuă a organismelor statului, ce au atribuții în acest domeniu și îndeosebi a Poliției Române care are obligație să cunoască în orice moment dinamica stării infracționale în orice domeniu de activitate pentru a putea întreprinde cele mai eficace măsuri de a preveni săvârșirea de infracțiuni, cu atât mai mult cele stradale, care au un impact deosebit asupra cetățenilor.

În orice societate și în orice perioadă istorică, impactul cel mai puternic asupra oricărei persoane fizice, fie că apare în postura de victimă sau doar de spectator, îl reprezintă săvârșirea unei fapte penale cu toate consecințele ce decurg, mergând de la urmările socialmente periculoase ce se produc și până la sancțiunile penale ce sunt aplicate de instanțele judecătorești în contextul realizării justiției penale¹ și putem adăuga că impactul este cu atât mai puternic cu cât săvârșirea faptei penale are loc „în plină stradă”, fiind mult mai vizibilă.

Activitatea de prevenire a infracționalității stradale este orientată în următoarele direcții principale:

- depistarea operativă a persoanelor pretabile să comită infracțiuni stradale sau a celor care comit acest gen de infracțiuni;
- împiedicarea minorilor și tinerilor de a săvârși infracțiuni sau alte fapte antisociale stradale;
- combaterea parazitismului social;
- împiedicarea infractorilor primari de a ajunge recidiviști;
- combaterea faptelor de tulburare a ordinii și liniștii publice;
- participarea la educația juridică a populației pentru cunoașterea și respectarea legilor;
- participarea la pregătirea infracțională a populației.

Scopul și conținutul strategiei activității de prevenire a criminalității îl constituie orientarea pe baze științifice a acestei activități, în raport cu necesitatea socială, stabilind metode și mijloace eficiente de acțiune, precum și cunoașterea cauzelor și condițiilor care determină, favorizează sau înlesnesc săvârșirea de infracțiuni.²

BIBLIOGRAFIE

1. Hotărârea de Guvern numărul 196/2005 privind aprobarea Strategiei Ministerului Administrației și Internelor de realizare a ordinii și siguranței publice, pentru creșterea siguranței cetățeanului și prevenirea criminalității stradale.
2. Legea numărul 218/2002 privind organizarea și funcționarea Poliției Române
3. Ordonanța de Urgență a Guvernului numărul 30/2007 aprobată prin Legea numărul 15/2008 privind organizarea și funcționarea Ministerului Administrației și Internelor.

¹ Gh.Nistoreanu – Prevenirea infracțiunilor prin măsuri de siguranță, Editura M.I., București, 1991, pag. 5.

² C - tin Drăghici, S.Șerb, A.Iacob, A.Ignat – Drept polițienesc și contravențional, Editura Tritonic, București, 2003, pag.53.

4. Gh.Nistoreanu – Prevenirea infracțiunilor prin măsuri de siguranță, Editura M.I., București, 1991
5. Iacob Adrian – Conceptul, necesitatea și importanța socială a activității de prevenire a criminalității, **Colecția de articole AIT – 2008**
6. Iacob Adrian – Direcțiile activității de prevenire a săvârșirii de infracțiuni și contravenții în activitatea organelor de poliție comunitară, **Colecția de articole AIT – 2008**
7. S.Șerb, C-tin Drăghici, A.Iacob, A.Ignat – Drept polițienesc și contravențional, Editura Tritonic, București, 2003;

CONTROLUL JUDECĂTORESC AL ACTELOR ADMINISTRATIVE PE BAZA EXCEPȚIEI DE NELEGALITATE

Lector Universitar Drd.
MITRIC BOGDAN MARIAN

Universitatea Română de Științe și Arte "Gheorghe Cristea" București

MITRIC MARIA MAGDALENA
Av. Baroul București

This study, offers a summary of institution which assurance control of administrative act about institutions of justice. He presence un historical evolutiona of notion and national reglementation.

Cuvintele cheie: contencios administrativ, evoluție istorică, act administrativ, excepția de nelegalitate.

1. ISTORICUL REGLEMENTĂRII INSTITUȚIEI CONTENCIOSULUI ADMINISTRATIV

În România, instituția contenciosul administrativ a avut o evoluție istorică determinată de schimbările intervenite în actele normative care o reglementau, schimbări firești dacă se ține seama de evoluția social-politică.

Pentru prima dată, contenciosul administrativ a fost instituit prin **Legea Consiliului de Stat** a Domnitorului Alexandru Ioan Cuza privind înființarea Consiliului de Stat din 11 februarie 1864, care însă a rezistat doar până în 1866.

Consiliul de Stat era un organ consultativ pe lângă Guvern ce avea trei categorii de atribuții:

- 1) în materie legislativă el era cel care pregătea proiectele de lege;
- 2) în materie administrativă;
- 3) în domeniul contenciosului administrativ.

Atribuțiile de contencios administrativ erau reglementate de art. 51 din Lege și se exercitau:

- a) împotriva hotărârilor miniștrilor date cu exces de putere sau cu încălcarea legilor și regulamentelor;
- b) împotriva hotărârilor sau actelor de executare ale prefecților sau altor agenți administrativi date cu încălcarea legilor și regulamentelor;
- c) împotriva hotărârilor comisiunilor de lucrări publice.

Consiliul de Stat mai putea soluționa și reclamații ridicate de particulari pentru apărarea intereselor lor, în cazuri prevăzute de legi.

În 1866 Consiliul de Sstat a fost desființat, iar atribuțiile lui în materie de contencios administrativ au fost preluate de instanțele judecătorești de drept comun.

Acest sistem a fost valabil până în anul 1905 când a fost adoptată **Legea pentru reorganizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție**, care dădea dreptul particularilor să atace pe calea unui recurs principal și direct actele administrative ilegale și să ceară instanței judecătorești să pronunțe anularea, în acest sens înființându-se la nivelul Înaltei

Curți de Casație, Secțiunea a III-a de contencios administrativ, care nu avea însă o competență generală, ci limitată la materiile stabilite de lege.

Legea Curții de Casație și Justiție din 25 martie 1910 a desființat sistemul contenciosului conceput în 1905, cauzele de această natură soluționându-se de către tribunalele de județ. Competența stabilită de această lege nu a durat prea mult, deoarece prin **Legea de reorganizare a Curții de Casație și Justiție** din 17 februarie 1912, cauzele de contencios administrativ au fost atribuite, din nou, Secțiunii a III-a, a Curții de Casație.

Această secțiune, era abilitată să judece legalitatea actelor, dar nu putea să le anuleze, ci doar să le declare ilegale și să invite autoritatea administrativă să le desființeze sau să le modifice. **Constituția din 1923** a reglementat, în cuprinsul art. 99, dreptul de a obține despăgubiri de către cei vătămați printr-un decret sau o dispoziție semnată sau contrasemnată de un ministru. O importanță deosebită pentru instituția contenciosului administrativ o avea dispozițiile art. 107 în care se menționa că atribuțiile de contencios administrativ aparțin în întregime puterii judecătorești și se exercită potrivit legii speciale. Totodată, se menționa că prin instituția contenciosului administrativ se putea verifica legalitatea tuturor actelor administrative, cu excepția celor de guvernământ și a celor de comandament militar. În baza acestor prevederi constituționale a fost adoptată **Legea pentru contenciosul administrativ din 23 decembrie 1925**. Potrivit art. 1 din această lege, oricine se pretindea vătămat în drepturile sale printr-un act administrativ de autoritate făcut cu încălcarea legilor și a regulamentelor, sau prin reaua-voință a autorităților administrative de a rezolva cererea privitoare la un drept, putea face cerere pentru recunoașterea dreptului său la instanțele judecătorești competente. Erau exceptate actele de guvernământ, actele de comandament militar, actele referitoare la exercitarea tutelei administrative și controlului ierarhic. Contenciosul reglementat de Legea din 1925 era un contencios subiectiv, adică reclamantul trebuia să invoce lezarea unui drept subiectiv. În același timp, era un contencios de plină jurisdicție, întrucât cel lezat în dreptul său putea cere anularea actului, precum și despăgubiri. Cu toate acestea, prin legi speciale, anumite litigii dintre particulari și autoritățile administrative, au fost date în competența unor instanțe jurisdicționale administrative. Dintre aceste legi speciale amintim **Legea din 20 aprilie 1933** prin care au fost înființate comitetele de revizuire, adevărate tribunale administrative¹, **Legea administrației locale din 27 martie 1936** prin care comitetele de revizuire au dobândit denumirea de curți administrative și **Legea pentru organizarea curților administrative din 15 martie 1939**.

Prin **Decretul nr. 128 din anul 1948** a fost desființat contenciosului administrativ și curțile administrative, instanțele judecătorești putând verifica legalitatea actelor administrative numai atunci când legea prevedea în mod expres această competență.

În **Constituția din 1965** s-a introdus principiul legalității actelor administrative în condițiile stabilite de lege și s-a prevăzut că cei vătămați în drepturile lor prin acte administrative ilegale se pot plânde la instanțele judecătorești. În baza **Constituției din 1965** a fost adoptată **Legea nr. 1/1967** referitoare la judecarea de către tribunale a cererilor celor vătămați în drepturile lor prin acte administrative ilegale. Contenciosul administrativ instituit de această lege era un contencios de plină jurisdicție.

¹ Pt. detalii a se vedea Erast Diti Tarangul, *tratat de Drept Administrativ Român.*, Tipografia Glasul Bucovinei, Cernăuți, 1944, p. 613 și urm.

Introducerea principiului constituțional al verificării legalității actelor administrative și adoptarea Legii nr. 1/1967 au marcat o schimbare importantă în posibilitatea contestării în justiție a actelor administrative ilegale¹, chiar dacă existau numeroase acte administrative exceptate de la controlul judecătoresc. Numeroasele excepții de acte administrative pe care le prevedea Legea nr. 1/1967, precum și practica judecătorească orientată spre restrângerea sferei controlului judecătoresc au îngustat mult sfera exercitării controlului actelor administrative de către instanțele judecătorești. Prin adoptarea **Legii contenciosului administrativ nr. 29/1990** și a **Constituției din 1991** s-a relansat tradiția contenciosului administrativ din perioada interbelică.

Contenciosul administrativ reglementat de Legea nr. 29/1990 are următoarele trăsături:

- este un contencios de plină jurisdicție;
- exercită un control direct; actul atacat trebuie să provină de la o autoritate publică;
- înainte de a introduce acțiunea în instanță, cel vătămat în dreptul său trebuie să ofere posibilitatea autorității emitente sau autorității ierarhic superioare de a înlătura actul ilegal și de a repara eventuala pagubă;
- pot fi atacate și actele administrative jurisdicționale;
- contenciosul are două grade de jurisdicție, fondul și recursul;
- acțiunea în justiție poate fi formulată și personal împotriva funcționarului autorității publice².

De asemenea, pentru prima dată se consacră răspunderea pentru daune morale.

Constituția din 1991 schimbă, sub anumite aspecte, concepția asupra sferei contenciosului administrativ.

Legea nr. 29/1990 nu se ridică la înălțimea cerințelor actuale privind garantarea efectivă și eficientă a apărării drepturilor și libertăților omului, a înlăturării arbitrariului și abuzurilor posibile ale Administrației. Sub acest aspect chiar în raport cu legea contenciosului administrativ din 23 decembrie 1925, care avea multe lacune, remediate ulterior prin contribuția doctrinei și jurisprudenței, unele reglementări din Legea nr. 29/1990 apareau ca un regres. Cu titlu de exemplu, în art. 2 enumerarea actelor administrative care nu pot fi atacate în justiție este amplificată față de Legea din 1925 și totodată se menține distincția dintre actele administrative de autoritate și actele de gestiune. De asemenea, prin alin. 2 al art. 6 a) Legii nr. 29/1990 se stabilește că judecarea acțiunilor de contencios administrativ se face de tribunal, sau de curtea de apel, dar în complet format din doi judecatori, iar nu din trei judecatori, conform reglementării cuprinsă în art. 9 al Legii din 1925. Prin urmare, în concepția legiuitorului din 1990, acțiunile de contencios administrativ nu prezintă aceeași importanță ca celelalte acțiuni (civile, penale etc.) pe care tribunalele le judecă în complet format din trei judecatori, și de aceea stabilește un complet format din doi judecatori, ca la nivelul judecătorilor. Practica judiciară din perioada interbelică a arătat importanța similară a acțiunilor de contencios administrativ în raport cu celelalte acțiuni judecate de Curțile de Apel de atunci. Faptul că în sistemul legii române s-a organizat un singur grad de jurisdicție, la tribunale, sau la cugile de apel, cu recurs la Curtea Supremă de Justiție, constituie un temei în plus pentru garantarea unei judecați, la secțiile de contencios administrativ, cel puțin egale în importanță cu aceea de la celelalte secții.

¹ Al. Negoită, *Drept Administrativ*, Editura Silvy, București, 1996, p. 213 și urm.

² Pt. detalii a se vedea A. Iorgovan, *Tratat de Drept Administrativ*, vol. I, Editura AllBeck, București 2005, p. 401-402.

Consecvent acestei concepții discriminatorii a acțiunilor de contencios administrativ față de celelalte acțiuni judiciare, în art. 14 din Legea nr. 29/1990, o atare hotărâre a instanței jurisdicționale este denumită “sentință”, iar și ca la nivelul judecătorilor, noțiunea de sentință fiind utilizată pentru hotărârile tribunalului și curții de apel în loc de “decizie”, așa cum era definită și în art. 11 din Legea contenciosului administrativ din 1925, în concordanță cu natura juridică a actelor administrative care sunt decizii. În alte cazuri însă s-a ignorat jurisprudența Curții de Casație în domeniul contenciosului administrativ, astfel că s-a apreciat că majoritatea reglementărilor din Legea nr. 29/1990 constituie un regres față de nivelul teoretic științific atins în perioada interbelică. În prezent, instituția contenciosului administrativ este reglementată de dispozițiile **Legii nr.554/2004**, care deși a beneficiat de o analiză anterioară competentă și vastă¹, a cunoscut o serie de critici și a generat o serie de polemici, inclusiv pronunțarea unor hotărâri de admitere a excepției de neconstituționalitate.

2. CONTROLUL JUDECĂTORESC AL ACTELOR ADMINISTRATIVE PE BAZA EXCEPȚIEI DE NELEGALITATE

Controlul judecătoresc asupra actelor administrației de stat se realizează pe două cai: **excepția de nelegalitate și acțiunea directă**².

Excepția de nelegalitate sau de ilegalitate a actului administrativ a fost calificată ca o noțiune tradițională a dreptului administrativ³, care deși a fost reglementată expres abia prin dispozițiile art.4 din Legea nr.554/2004, a fost recunoscută ca instituție, analizată și aplicată doctrinar și jurisprudențial⁴. Temeiul juridic al acestei situații l-a constituit dreptul recunoscut oricărei persoane ca într-un proces indiferent de natura acestuia, să poată opune celui ce invocă efectele unui act administrativ pe care își întemeiază pretențiile un control de legalitate al actului. Cu titlu de fundament, s-a arătat că dispozițiile constituționale (în prezent art.16 alin.2) statoresc principiul potrivit cu care „nimeni nu este mai presus de lege” iar justiția se înfăptuiește în numele legii (art.124 pct.1 din Constituție), ceea ce obligă ca în cadrul procesului de înfăptuire a justiției, instanța (de contencios administrativ în cazul nostru, în prezent) să verifice legalitatea temeiului juridic sau al izvorului pretențiilor, chiar dacă acesta este un act administrativ. Potrivit dispozițiilor art.4 din Legea nr. 554/2004, astfel cum acestea au fost modificate prin art. I pct. 5 din Legea nr. 262/2007⁵: „**(1)** Legalitatea unui act administrativ unilateral cu caracter individual, indiferent de data emiterii acestuia, poate fi cercetată oricând în cadrul unui proces, pe cale de excepție, din oficiu sau la cererea părții interesate. În acest caz, instanța, constatând că de actul administrativ depinde soluționarea litigiului pe fond, sesizează, prin încheiere motivată, instanța de contencios administrativ competentă și suspendă cauza. Încheierea de sesizare a instanței de contencios administrativ nu este supusă nici unei căi

¹ A.Iorgovan, *op.cit.* p.1 și următoarele.

² A. Iorgovan, *Tratat de Drept Administrativ*, Editia a 4-a, vol.II, Editura All Beck, București 2005, p.517.

³ A.Iorgovan, *Noua lege a contenciosului administrativ*. Geneza, explicații și jurisprudența, Editia a 2-a, Editura Kallusys, București 2006, p.160.

⁴ T.Mrejeru, *Contenciosul Administrativ. Doctrina. Jurisprudența*., Editura All Beck, București 2003, p.130 // I.C.C.J. Secția Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia nr.1840/2005, în *Buletinul Casatiei* nr.2/2005, pp.6-8.

⁵ Publicată în M.Of. P.I, nr.510/2007.

de atac, iar încheierea prin care se respinge cererea de sesizare poate fi atacată odată cu fondul. Suspendarea cauzei nu se dispune în ipoteza în care instanța în fața căreia s-a ridicat excepția de nelegalitate este instanța de contencios administrativ competentă să o soluționeze.

(2) Instanța de contencios administrativ se pronunță, după procedura de urgență, în ședință publică, cu citarea părților și a emitentului. În cazul în care excepția de nelegalitate vizează un act administrativ unilateral emis anterior intrării în vigoare a prezentei legi, cauzele de nelegalitate urmează a fi analizate prin raportare la dispozițiile legale în vigoare la momentul emiterii actului administrativ.

(3) Soluția instanței de contencios administrativ este supusă recursului, care se declară în termen de 5 zile de la comunicare și se judecă de urgență și cu precădere.

(4) În cazul în care instanța de contencios administrativ a constatat nelegalitatea actului, instanța în fața căreia s-a ridicat excepția va soluționa cauza, fără a ține seama de actul a cărui nelegalitate a fost constatată.”

Rezulta din analiza textului menționat ca excepția de nelegalitate a unui act administrativ unilateral, cu caracter individual, de care depinde solutionarea pe fond a unui litigiu, indiferent de momentul adoptării sale, este o apărare de fond, formulată pe cale de excepție, peremptorie (dirimantă) și absolută¹, ce poate fi ridicată în orice proces pendent, de competența oricărei instanțe judecătorești, de către oricare dintre părțile interesate sau de instanța din oficiu. În doctrină² s-a arătat că excepția de nelegalitate poate fi invocată și în ceea ce privește „actele administrative normative și operațiunile administrative”. Aceasta susținere apare și ca o rezultantă a soluțiilor din practica judiciară adoptată de judecătoria Secției de contencios administrativ și fiscal a Î.C.C.J. care au reținut că: „...pot fi cenzurate, pe calea de excepție de nelegalitate, actele unilaterale fără a distinge după cum acestea au caracter normativ sau individual...”³, „...întrucât ambele categorii aparțin sferei largi a actelor administrative unilaterale...”⁴. În ceea ce privește extinderea aplicată asupra operațiunilor administrative, aceasta se efectuează în temeiul dispozițiilor art.18 alin.2 din Legea nr. 554/2004, potrivit cu care: „Instanța este competentă să se pronunțe...și asupra actelor sau operațiunilor administrative care au stat la baza emiterii actului administrativ contestat.”, în același sens fiind și hotărârile de speță care au subliniat caracterul de interdependentă dintre operațiunile administrative și actul administrativ pe care-l pregătesc, în sensul că operațiunile administrative: „...nu pot fi atacate în mod separat de acestea (actele administrative n.n.) în fața instanței de contencios administrativ”⁵. Trebuie reținut că spre deosebire de legislația anterioară (Legea nr.29/1990), actuala lege a contenciosului administrativ prevede expres că dispozițiile privitoare la excepția de nelegalitate se aplică actului administrativ indiferent de momentul emiterii acestuia. Jurisprudența⁶ a stabilit la rândul său că excepția de nelegalitate se poate ridica chiar dacă actul administrativ a fost abrogat, întrucât contează nu momentul când actul produce efecte

¹ Pentru calificarea acestor excepții a se vedea cu titlu de exemplu: V.Loizneanu, *Excepțiile de fond în procesul civil*, Editura Lumina Lex, București 2003, pp.17-21.

² A.Iorgovan, *op.cit.*, p.677

³ G-V Barsan, B.Georgescu, *Legea contenciosului administrativ nr.554/2004 adnotată. Jurisprudența, decizii ale Curții Constituționale, doctrină.*, Editura Hamangiu, București 2007, p.34

⁴ Decizia nr.554/2006 în G-V Barsan, B.Georgescu, *op.cit.*, p.34.

⁵ Ibidem, p.36.

⁶ Ibidem, p.35.

ci efectele pe care le produce actul ce pot constitui tocmai obiectul pe care se sprijina pretensiile, insa in acest caz, cauzele de nelegalitate urmează a fi analizate prin raportare la dispozițiile legale în vigoare la momentul emiterii actului administrativ. Asupra termenelor in care se poate ridica exceptia de nelegalitate, observam ca s-a sustinut argumentat ca „in cazul exceptiei de nelegalitate nu se intalnesc, asadar, termene de prescriptie sau decadere”¹, afirmatia fiind fara indoiala corecta din punct de vedere teoretic. Insa, asa cum a retinut un alt autor², practician recunoscut, exceptia de nelegalitate, fiind o aparare si nu un petit, capat de cerere sau cale de atac, se poate invoca doar in cazul unui proces, a carei posibilitate de promovare este tinuta de termene specifice materiei in care s-a promovat. Daca constata ca exceptia de legalitate priveste un act administrativ sau o operatiune administrativa de care depinde soluționarea litigiului pe fond, instanta de fond (sau din calea de atac³) este obligata fie sa:

- sesizeze, prin încheiere motivată, instanța de contencios administrativ competentă și sa suspende cauza.

- se pronunte prin hotarare asupra exceptiei cand aceasta se ridica in fata instantei de contencios administrativ competentă să o soluționeze, in acest caz fara a suspenda actiunea principala

- sa respinga ca inadmisibila exceptia de nelegalitate.

Încheierea de sesizare a instanței de contencios administrativ nu este supusă nici unei căi de atac, iar hotararea prin care se respinge cererea de sesizare sau instanta de contencios competenta se pronunta, poate fi atacată odată cu fondul. Instanța de contencios administrativ se pronunță, după procedura de urgență (prevazuta de Codul de Procedura Civila, in baza art.28 din Legea nr.554/2004, care prevede completarea regulilor procedurale din legea contenciosului cu regulile procedurale din legislatia procedurala civila), în ședință publică, cu citarea părților și a emitentului, acesta din urma din ratiuni ce privesc contradictorialitatea si opozabilitatea hotararii ce se va pronunta pe exceptie⁴. Soluția instanței de contencios administrativ pe exceptia de legalitate este supusă recursului, care se declară în termen de 5 zile de la comunicare și se judecă de urgență și cu precădere. Solutia instantei poate consta fie in respingerea exceptiei, fie in admiterea acesteia si constatarea nelegalitatii actului supus controlului de legalitate.

Dupa, pronuntare si eventual exercitarea cailor de atac, cauza se trimite instantei in fata careia s-a ridicat exceptia care va soluționa cauza, fara a tine seama de actul a carui nelegalitate a fost constatata.

Fiind o hotarare de speta, ce constata o situatie, si neputand fi vorba despre o tripla identitate de obiect cauza si parti in sensul dispozitiilor art.163 alin.1 C.Pr.Civ., hotararea pronuntata cu ocazia solutionarii exceptiei de nelegalitate nu are caracter de autoritate de lucru judecat, neputand fi opus intr-un alt proces⁵.

¹ A.Iorgovan, *op.cit.*, p.677.

² T.Mreju, *op.cit.*, pp.130-131.

³ G-V Barsan, B.Georgescu, *op.cit.*, p.37

⁴ G-V Barsan, B.Georgescu, *op.cit.*, pp.39-41.

⁵ B.M. Mitric, *Contencios Administrativ. Note de curs*, Editura Era, București 2008, p.42.

BIBLIOGRAFIE

1. G.V. Barsan, B.Georgescu, *Legea contenciosului administrativ nr.554/2004 adnotata. Jurisprudenta, decizii ale Curtii Constitutionale, doctrina*, Editura Hamangiu, Bucuresti 2007.
2. A.S. Ciobanu, F.Coman-Kund, *Drept Administrativ: Sinteze teoretice și exercitii practice pentru activitatea de seminar*, Editia a II-a, Editura Universul Juridic, Bucuresti 2007,
3. D.C.Dragos, *Recursul administrativ si contenciosul administrativ*, Editura All Beck, Bucuresti 2001.
4. D.C. Dragos, *Legea contenciosului administrativ. Comentarii si explicatii*, Editura All Beck, Bucuresti 2005;
5. A.Iorgovan, *Noua lege a contenciosului administrativ – geneza, explicatii si jurisprudenta*- Editia a II-a, Editura Kulusiys, Bucuresti 2006,
6. A.Iorgovan, *Tratat de Drept Administrativ*, Editia a IV-a, vol.II, Editura All Beck, Bucuresti 2005,
7. T.Mreju, *Contenciosul Administrativ. Doctrina. Jurisprudenta*, Editura All Beck, Bucuresti 2003,
8. M.Preda, B.Vasilescu, *Drept Administrativ – Partea Speciala*, Editura Lumina Lex, Bucuresti 2007,
9. V.Vedinas, *Drept Administrativ*, Editia a II-a, Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2006,
- 10.V.Zubco, A.Pascari, I.Creanga, V.Cobasneanu, *Ghidul cetateanului in contenciosul administrativ*, Editura Ulysse, Chisinau 2003.

LIBERTATEA DE CIRCULAȚIE- UNUL DINTRE DREPTURILE FUNDAMENTALE ALE OMULUI

Lect. Univ. Dr. OANA GĂLĂȚEANU
UNIV. „DUNĂREA DE JOS” GALAȚI

1. Inceputurile și evoluția ideii de „drepturi fundamentale ale omului”

Azi, în societatea secolului XXI sunt recunoscute oricărei persoane și puse sub protecție acele posibilități cunoscute la nivel mondial ca fiind drepturile fundamentale ale individului. Însă, pentru a se ajunge la acest stadiu de evoluție a fost necesară o luptă de secole a umanității.

Nevoia de a se asigura drepturile individului s-a făcut simțită în societatea evului mediu. Explicația pentru aceasta ar fi realitatea că, spre deosebire de perioada antică în care cetățeanul era „suveranul” ce conducea statul, el hotărând în „agora” sau „forum”(și din acest motiv nu era interesat de libertățile lui individuale pe care, dacă le-ar fi deținut, nu ar fi avut în contra cui să le apere), în societatea medievală prima forță, dreptul fiind stabilit de cei puternici, iar cei slabi erau preocupați să obțină protecția primilor.

În studiile privitoare la acest domeniu se subliniază că țara prin excelență a libertăților este Anglia, dar că principii mai largi decât în statul englez se întâlnesc în istoria Statelor Unite. Vorbind de Statele Unite reamintim că în Declarația de independență de la Filadelfia din 14 iulie 1776 s-a stabilit pentru prima dată principiul conform căruia oamenii se nasc egali și sunt înzestrați de Creator cu anumite drepturi inalienabile printre care: viața, libertatea, căutarea fericirii și că regimurile politice au fost create tocmai pentru a garanta aceste drepturi și a asigura fericirea omenirii.

La 11 iulie 1789 La Fayette a propus parlamentului renumita sa Declarație a Omului și Cetățeanului, care a fost admisă și votată de Adunarea Constituantă a Franței la 26 august 1789. Aceasta instituie marile principii ale societății burgheze: libertate, egalitate, legalitate.

Principiile Declarației Drepturilor Omului și Cetățeanului erau decretate pentru întreaga omenire, neavând „culoare națională” și au avut un răsunet extraordinar asupra Constituțiilor franceze revoluționare. Ele au fost reproduse în majoritatea constituțiilor europene. Practic, ele domină și în prezent viața juridică a statelor civilizate.

După această trecere în revistă a apariției ideii de „drepturi fundamentale ale omului”, vom prezenta succint evoluția acestui deziderat la nivel european:

Accepțiunea „drepturile omului” include un ansamblu de idei și valori ce reprezintă anumite idei referitoare la om, societate și puterea de stat care ridică la rang de principiu egalitatea între toți oamenii și respectarea demnității lor.¹

Sub aspect juridic „drepturile omului” s-au definit ca un sistem de norme juridice internaționale prin care i se recunosc individului atribuții și facultăți ce-i asigură demnitatea, libertatea și dezvoltarea personalității sale și care se bucură de garanții instituționale.²

Valorile consfințite de Declarația Revoluției franceze și apreciate azi ca fundamentale pentru orice societate democratică au fost preluate și incluse treptat în doctrinele politice și ulterior în normele de drept intern și internațional ca o concluzie a luptei pentru respectarea omului de către autoritățile de stat.

Protecția drepturilor omului s-a consolidat și urmare a unui alt moment important reprezentat de adoptarea Declarației Universale a Drepturilor Omului de către Adunarea Generală a O.N.U la 10 decembrie 1948. Această Declarație prevede că „este esențial ca drepturile omului să fie protejate printr-un sistem juridic pentru ca omul să nu fie constrâns, ca ultim apel, la revolta împotriva tiraniei și asupririi, pentru că nesocotirea și disprețuirea drepturilor omului au condus la acte de barbarie ce revoltă conștiința oamenilor.

La nivel european sistemul de protejare a drepturilor omului a fost construit de organizația internațională regională care cuprinde în prezent majoritatea statelor europene, respectiv de Consiliul Europei.

În scopul determinării cât mai clare a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, Consiliul Europei a elaborat în 4 nov. 1950, la Roma, Convenția pentru apărarea drepturilor și libertăților fundamentale (Convenția Europeană a Drepturilor Omului). Această Convenție este unul din mijloacele cele mai eficiente din lume de protejare a drepturilor omului și deține un sistem jurisdicțional supranațional cu forță obligatorie pentru statele membre ale Consiliului, care garantează respectarea de către acestea a drepturilor instituite. Acestei Convenții i-au fost aduse modificări și completări prin 11 protocoale adiționale.

Prin Convenție s-a instituit Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru a se asigura respectarea de către Părțile Contractante a angajamentelor asumate și s-a prevăzut că sesizarea acestei Curți poate fi făcută de orice persoană fizică și organizație neguvernamentală. Acestea pot formula plângeri individuale contra unui stat semnatar, în cazul încălcării unui drept protejat prin Convenție (numai cu respectarea, însă, a principiului subsidiarității, după epuizarea căilor de atac interne).

La 4 oct. 1993 România a fost admisă în Consiliul Europei cu drepturi depline și Parlamentul țării a ratificat Convenția Europeană a Drepturilor Omului. La 17 mai 1994 Președintele țării a promulgat legea referitoare la ratificare, moment din care orice cetățean român, orice organizație neguvernamentală ori grup de cetățeni din România sunt îndreptățiți să se adreseze, conform Convenției, instituțiilor europene pentru drepturile omului, dacă se consideră lezați în drepturile recunoscute lor.

În ceea ce privește protecția drepturilor omului în Europa, trebuie, credem, menționat că, sistemul Convenției Europene a Drepturilor Omului apără doar drepturile civile și politice ale individului. Drepturile economice și cele sociale fac obiectul Cartei sociale europene.

Totodată, vorbind de protecția drepturilor și libertăților fundamentale în Uniunea Europeană, trebuie menționată în primul rând Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, adoptată la 7 dec.2000 la Nisa de Consiliul European. La redactarea Cartei s-a avut în vedere reunirea într-un singur document a tuturor drepturilor personale, civile, politice, economice și sociale pe care le au cetățenii și rezidenții Uniunii Europene.

Printre drepturile și libertățile fundamentale ale omului Convenția Europeană a drepturilor omului recunoaște în art.5 dreptul la libertatea fizică și siguranță oricărei persoane, indiferent de sex, religie, naționalitate, condiție socială ori materială, prevăzând că: „orice persoană are dreptul la libertate și la siguranță” și că „nimeni nu poate fi lipsit de libertatea sa, cu excepția anumitor situații expres prevăzute și potrivit căilor legale.

Deasemenea, Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene reia dispozițiile art.5 al Convenției, prevăzând în art.6 al ei (privind dreptul la libertate și securitate) că „orice persoană are dreptul la libertate și la securitate”.

În Protocolul nr.4 adițional la Convenția Europeană sunt recunoscute, de asemenea, și alte drepturi și libertăți decât cele înscrise deja în Convenție. Astfel, conform art.2 din acest Protocol: „oricine se găsește în mod legal pe teritoriul unui stat are dreptul să circule în mod liber și să-și aleagă în mod liber reședința sa” (la alin.1) și că „orice persoană este liberă să părăsească orice țară, inclusiv pe a sa” (la alin.2). Dreptul prevăzut la alin.2 are însă anumite limitări, după cum se prevede în alin.3 al aceluiași articol potrivit căruia exercițiul acestor drepturi nu poate face obiectul altor restrângeri decât acelora care, prevăzute de lege, reprezintă măsuri necesare într-o societate democratică, pentru securitatea națională, siguranța publică, păstrarea ordinii publice, prevenirea faptelor penale, protecția drepturilor și libertăților altuia. Alin.4 mai prevede și limitări ale drepturilor recunoscute la alin.1 în anumite zone determinate, limitări care, prevăzute de lege, sunt justificate de interesul public într-o societate democratică.

2. Exercițiul libertății individuale și limitele acestuia în conformitate cu dispozițiile procesual penale române

Convenția Europeană a Drepturilor Omului prin ratificarea ei de România (prin Legea nr.30/1994) a devenit, potrivit art.11 din Constituția țării noastre, o componentă a dreptului nostru intern și în cazurile când apar neconcordanțe între prevederile naționale și cea internațională în privința apărării drepturilor și libertăților cetățenilor, va avea prioritate Convenția, conform art.20 din Constituția României.

În ceea ce privește unul dintre drepturile fundamentale ale omului- libertatea persoanei, în România această libertate e garantată prin Constituția României unde în art. 23 alin.1 se prevede că „libertatea individuală și siguranța persoanei sunt inviolabile”.

Libertatea persoanei deși recunoscută ca drept fundamental al individului, este limitată și nu absolută, existând în actele normative- atât naționale, cât și internaționale- restrângeri ale ei în anumite împrejurări.

Astfel, dispunerea unor măsuri care să limiteze acest drept se impune în procesul de realizare a justiției penale și de stabilire a ordinii de drept.

În procesul penal, Constituția României prevede în art. 23 alin.2, ca limitări ale libertății individuale: percheziționarea, reținerea sau arestarea unei persoane. Însă, pe lângă acestea Codul de procedură penală mai reglementează și alte restrângeri precum: obligarea de a nu părăsi localitatea (art.136 alin.1 lit.b), obligarea de a nu părăsi țara (art.136 lit.c)- ca măsuri preventive, cât și măsuri de siguranță ca internarea pentru tratament medical, ș.a. Aceste limitări sunt admise însă numai în situațiile și procedura stabilită de lege.

De altfel, Codul de procedură penală, așa cum a fost modificat prin Legea nr.281/2003 prevede expres în alin. 2 al art.5 că nici o persoană nu poate fi reținută, arestată ori privată de libertate în alt mod și nici nu poate fi supusă vreunei forme de restrângere a libertății decât în cauzele și condițiile prevăzute de lege .

Din analiza acestor texte de lege rezultă că starea firească a omului e libertatea și cercetarea și judecarea în această stare este regula, iar lipsirea de libertate ori limitarea ei sunt excepțiile, aplicabile numai acelor situații pentru care legea o cere.

Dacă a fost luată o măsură preventivă în mod ilegal, atunci persoana vătămată, potrivit art.5 alin.4 Cod procedură penală în vigoare are dreptul la repararea pagubei suferite, în condițiile legii.

În cursul evoluției societății umane și a istoriei procesului penal s-a conturat o problemă importantă: cea a modului în care ar fi trebuit să fie asigurate urmărirea, judecarea și executarea condamnării în cazul infractorilor ce ulterior săvârșirii de infracțiuni, continuau să se opună legii. Problema necesita o rezolvare care să nu încalce drepturile și libertățile individuale ale celor cercetați și să nu permită eventuale abuzuri ale autorităților.

Pentru soluționarea acestei probleme s-au instituit măsurile preventive. Ele sunt în fapt măsuri procesuale ce restrâng unele drepturi și libertăți individuale, în scopul fie al desfășurării în condiții bune a procesului penal, fie al împiedicării inculpatului de a se sustrage de la urmărirea penală, judecată sau executarea pedepsei aplicate.

Odată cu instituirea acestor măsuri procesuale, legiuitorul român a stabilit, în vederea înlăturării abuzurilor și a arbitrariului, că aceste măsuri se pot dispune doar în situațiile privitoare la infracțiuni pedepsite cu detenție pe viață ori cu închisoare, pentru buna desfășurare a procesului penal sau pentru împiedicarea sustragerii celui învinuit/inculpat de la urmărirea penală, judecată ori executarea pedepsei (în art.136 alin.1 Cod procedură penală).

De asemenea, prin Legea nr.281/2003 s-a mai prevăzut în art.136 alin.8 Cod procedură penală că „alegerea măsurii preventive ce urmează a fi luată se face ținându-se seama de scopul acesteia, de gradul de pericol social al infracțiunii, de sănătatea, vârsta, antecedentele și alte situații privind persoana față de care se ia măsura”.

În raport cu drepturile pe care le limitează, în Codul procesual penal român sunt înscrise măsuri preventive de două categorii: măsuri privative de libertate (reținerea și arestarea preventivă) și măsuri limitative de drepturi precum: obligarea de a nu părăsi localitatea și obligarea de a nu părăsi țara.

Pentru a garanta luarea acestor măsuri preventive fără a-i fi încălcate învinuitului sau inculpatului drepturile fundamentale recunoscute în plan internațional, Constituția României a prevăzut și cadrul general al garanțiilor de care trebuie să beneficieze individul, stabilind organele ce pot lua respectivele măsuri, termenul, dreptul învinuitului/inculpatului de a i se face cunoscute motivele ce le-au determinat și învinuirea în prezența unui apărător ș.a. Toate acestea au fost transpuse în prevederile procesual penale.

Totodată, Codul de procedură penală prevede în art.5 alin.4 dreptul persoanei vătămate prin luarea față de ea în mod ilegal, a unei măsuri preventive, la repararea pagubei suferite, menționându-se următoarele: ”orice persoană care a fost, în cursul procesului penal, privată de libertate sau căreia i s-a restrâns libertatea ilegal sau pe nedrept, are dreptul la repararea pagubei suferite, în condițiile prevăzute de lege”.

Restrângerea sau privarea de libertate sunt determinate în mod strict și se pot dispune numai în cazurile limitativ prevăzute de lege. Dispozițiile în acest sens din Constituția României sunt completate cu prevederile Codului de procedură penală cuprinse în articolele 136 („categoriile de măsuri preventive”), 143 („condițiile reținerii”), 145 (conținutul măsurii obligării de a nu părăsi localitatea), 145/1 (conținutul măsurii obligării de a nu părăsi țara), 146 (arestarea învinuitului), 160/2 (condițiile liberării provizorii sub

control judiciar), 160/4 (condițiile liberării provizorii pe cauțiune), 162(măsurile de siguranță).

Tot pentru a se garanta libertatea persoanei, măsurile preventive de obligare de a nu părăsi localitatea și de obligare de a nu părăsi țara, prevăzute de art. 136 alin. 1 lit.b și c, pot fi luate de procuror sau judecător în cursul urmăririi penale și de instanța de judecată în cursul judecății(conform alin.4 al aceluiași articol), persoane care sunt apreciate ca fiind cele mai calificate organe judiciare.

Luarea acestor două măsuri preventive(cât și a celorlalte, prelungirea ori menținerea lor) nu are caracter obligatoriu, legiuitorul introducând un element de oportunitate. Oportunitatea are în vedere două aspecte: unul- al îndeplinirii condițiilor urmăririi penale ori judecății și al doilea- referitor la momentul oportun din punct de vedere tactic. Astfel, în ceea ce privește măsura obligării de a nu părăsi localitatea, în art. 145 Cod procedură penală se prevăd condițiile în care aceasta poate fi luată (alin.1) , cât și că poate fi prelungită în cursul urmăririi penale(alin.2).

Art.5 alin.5 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului instituie dreptul la despăgubiri pentru orice persoană ce a fost victima unei arestări ori alte dețineri în condiții ce contravin prevederilor acestui articol, aceasta având dreptul la reparații.

Aceste dispoziții au fost preluate și la noi în legislația procesual penală unde se prevede în art.5 alin.4 (modificat prin Legea nr.281/2003) că orice persoană care în cursul procesului penal a fost privată de libertate sau i s-a respins libertatea ilegal ori pe nedrept, are dreptul la repararea pagubei suferite în condițiile prevăzute de lege. În coroborare cu dispozițiile art.5 alin.4 Cod procedură penală sunt și dispozițiile art.504 alin.2-art.507 același Cod (referitoare la cazurile ce dau dreptul la repararea pagubei și la repararea daunei materiale ori morale în cazul condamnărilor pe nedrept sau al privării ori restrângerii libertății în mod nelegal).

Cu toate că dispozițiile art.5 din Convenție au în vedere doar situațiile de detenție ilegală, Codul de procedură penală român prin dispozițiile art.504-507 a extins procedura și la măsurile neprivative de libertate dispuse pe nedrept, respectiv la obligarea de a nu părăsi localitatea și la obligarea de a nu părăsi țara.

Și în Constituția României, în art.48 se prevede, de altfel, că statul răspunde patrimonial pentru prejudiciile aduse prin erorile judiciare comise în procesul penal.

În ceea ce privește limitarea dreptului la libera circulație, legea procesual penală română prevede posibilitatea restrângerii libertății de mișcare a unei persoane în acele cazuri menționate în art.145 și art.145/1 Cod procedură penală, cât și în situațiile prevăzute de art.160/2 lit.a al aceluiași Cod, referitoare la obligarea de a nu depăși limitele teritoriale fixate de organul judiciar în cazul liberării provizorii sub control judiciar.

Toate reglementările legale române care permit dispunerea măsurilor procesual penale la care facem referire în studiul de față sunt în concordanță cu prevederile Convenției Europene.

De altfel, credem că legea română este, comparativ cu dispozițiile Convenției, mai permisivă; și avem în vedere faptul că potrivit Codului de procedură penală român în vigoare, măsurile procesuale stipulate în art. 145, art.145/1 și art.160/2 ale acestuia se pot lua față de o persoană doar în situația comiterii de către ea a unei infracțiuni, în timp ce, conform Convenției, libertatea de circulație a unui individ poate fi restrânsă chiar și numai pentru a se preveni comiterea de fapte penale, după cum se prevede în art.2 alin.3 al Protocolului nr.4 la Convenție (pe care le-am menționat anterior).

Jurisprudența Curții Europene a statuat că limitările la libertatea de circulație trebuie să constituie „măsuri necesare” în sensul prevăzut în paragraful 3 al art. 2 din Protocolul nr. 4 și să fie proporționale cu scopul urmărit prin luarea acestor măsuri.³

Si în proiectul Codului de procedură penală român din 25 februarie 2009 sunt deasemenea cuprinse dispoziții exprese cu privire la dreptul la libertate și siguranță, în art.8 alin 2 potrivit căruia: orice măsură privativă sau restrictivă de libertate se dispune în mod excepțional și doar în cazurile și condițiile prevăzute de lege. Totodată, în alin.4 al aceluiași articol se prevede că atunci când se constată că o măsură privativă sau restrictivă de libertate s-a dispus în mod nelegal, organele judiciare competente au obligația de a dispune revocarea ei.

Proiectul noului Cod de procedură penală din 25.02.2009 propune modificări ale dispozițiilor legale actuale și în ce privește măsurile preventive ce pot fi dispuse de organele judiciare competente.

În ceea ce privește cele două obligații restrictive de libertate la care facem referire, acestea numai sunt prevăzute în mod expres ca făcând parte din măsurile preventive . Potrivit proiectului, aceste măsuri ar fi următoarele: reținerea ; controlul judiciar; controlul judiciar pe cauțiune; arestul la domiciliu și arestarea preventivă(conform art.201 alin.4 proiect). Totuși, analizând acest proiect de lege se poate constata că măsurile preventive propuse a fi posibile includ (unele dintre ele) aceste obligații în mod implicit. Avem în vedere măsura preventivă a „controlului judiciar”- pe durata căruia inculpatului i se poate impune de către organul judiciar ce a dispus măsura, să respecte una sau mai multe obligații printre care se numără și cea de a nu depăși o anumită limită teritorială fixată de organul judiciar, decât cu încuviințarea acestuia (conform art.214 alin.2 lit.a proiect)- cât și cea a „arestului la domiciliu”- care constă în obligarea impusă inculpatului, pe o perioadă determinată, de a nu părăsi imobilul unde locuiește în mod statornic, fără permisiunea organului judiciar care a dispus măsura sau în fața căruia se află cauza și de a se supune unor restricții stabilite de acesta (art. 221 alin.1 proiect).

Credem că se impune o limitare a libertății de mișcare a oricărui individ, însă, numai în cazurile și condițiile limitative pe care legea le prevede, dacă aceasta ar fi absolut necesară pentru a se realiza respectarea ordinii de drept, prevenirea faptelor penale, protejarea libertății și drepturilor altor persoane. De fapt, aceasta este și concepția aflată la baza celor stipulate în Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Măsuri restrictive de libertate există și în legislațiile altor state europene-precum Franța, Italia, Polonia- ele fiind uneori mai numeroase decât la noi și prevăzute de lege sau lăsate la decizia magistratului, căruia legea îi permite a le stabili el însuși (cum este cazul unor state ca Belgia, Olanda și Elveția).

În ceea ce privește legislația noastră națională, reamintim că atât Constituția din 1923, cât și cea din 1866, proclamând libertățile absolut necesare fără de care nu s-ar putea vorbi de libertate individuală, admiteau ca omul să fie absolut liber în activitățile lui, însă atunci când, prin faptele sale, ar încălca legile în vigoare, să-și primească pedeapsa.

Note bibliografice:

1. D. Lochak, „Les droits de l’homme”, Ed. La Decouverte & Syros, Paris, 2002, pag.4
2. C. Bîrsan, „Convenția Europeană a drepturilor omului. Comentariu de articole”, Ed. All Beck, București 2005, pag.14

3. cazul Raimondo contra Italiei, V. Berger, „Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului”, Institutul român pentru drepturile omului, București 1997, pag.121-123

BIBLIOGRAFIE

1. V. Berger, „Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului”, Institutul român pentru drepturile omului, București 1997
2. C. Bîrsan, „Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentariu de articole”, Ed. All Beck, București 2005
3. M. Constantinescu, A. Iorgovan, „Constituția României revizuită”, Ed. All Beck 2004
4. Donna Gomien, „Introducere în Convenția Europeană a Drepturilor Omului”, Ed. All, București 1993
5. D. Lochak, „Les droits de l’homme”, Ed. La Decouverte & Syros, Paris 2002
6. Paul Negulescu, „Curs de drept constituțional român”, București 1927
7. Grigore Theodoru, „Tratat de drept procesual penal”, ediția a I-a, Ed. Hamangiu, București 2008
8. Adrian Stefan Tulbure, „Procedura penală română”. Curs universitar, Ed. Constant Sibiu, 2006
9. Al. Țuculeanu, „Instituții de drept procesual penal”, Ed. Universității Titu Maiorescu, București 2003
- 10 Mihaela Vrabie, „Cetățenie și Drepturi Europene”, Ed. Tritonic, București 2007

PREOCUĂRI ALE AUTORITĂȚILOR ROMÂNE PENTRU PROTECȚIA ȘI ASISTENȚA VICTIMELOR TRAFICULUI DE FIINȚE UMANE

Lector Univ. Dr. ARAT GHEORGHE TEODOR
UNIVERSITATEA „DUNĂREA DE JOS” GALAȚI - FACULTATEA DE DREPT

SUMARY

The changes produced in several European countries after 1990 and left their mark on crime and national and international, offering unprecedented opportunities before the proliferation and internationalization of crimes including a prominent place is occupied by human trafficking.

Economic and social situation and a series of political and religious persecution have led to an exodus of civilized countries, particularly in Western Europe but also to the Americas or Australia.

Networks of human trafficking were held fast in the territory of former Soviet republics that have achieved business ties with counterparts in Western states, with experience in this area of crime.

Crime in itself affect the human being and security of states where victims are recruited by organized crime network throughout specializing in human trafficking. Combat these crimes and the measures and programs of social protection and assistance to victims of human trafficking, is a priority agenda of the national, as seen in our country. Faced with this phenomenon unknown before in our country in 1989 the Romanian authorities have initiated a series of measures, both the legal and specific activities, which have engaged civil society and institutions empowered to combat the phenomenon, which has raised concerns in intensity when Romania entered the European Union, which is tasked to secure its eastern border.

Înainte de a începe a trata asupra chestiunii privind protecția și asistența victimelor traficului de persoane se impune a stabili conținutul noțiunii de trafic de persoane, a conceptelor de protecție și asistență a victimelor traficului de persoane și nu în ultimul rând a noțiunii de victimă.

Astfel, potrivit art. 12 al (1) din Legea nr. 678/2001 privind traficul de persoane se înțelege „recrutarea, transportarea, transferarea, cazarea sau primirea unei persoane, prin amenințare, violență sau prin alte forme de constrângere, prin răpire, fraudă sau înșelăciune, abuz de autoritate sau profitând de imposibilitatea acelei persoane de a se apăra sau de a-și exprima voința ori prin oferirea, darea, acceptarea sau primirea de bani ori alte foloase pentru obținerea consimțământului persoanei care are autoritate asupra altei persoane, în scopul exploatării acestei persoane”.

Protecția și asistența victimelor traficului de persoane sunt concepte fundamentate pe două categorii de criterii sociale, referitoare la condiția umană cu următorul conținut:

- protecția socială cuprinde un ansamblu de politici, măsuri, instituții, organisme care asigură sprijinul persoanelor traficate și prin care se urmărește reintegrarea lor în viața

normală prin stimularea forțelor active și a creșterii capacităților lor de a face față acestor probleme;

- asistența socială cuprinde un ansamblu de instituții, programe, măsuri, activități profesionalizate de protejare a persoanelor traficate aflate temporar în dificultate. Acestea, datorită unor motive personale de natură psihologică nu au posibilitatea de a se integra în mijloace și eforturi proprii în colectivitate în limitele unui mod decent de viață. Pentru o anumită perioadă de timp, ele nu pot duce o viață activă fără suport fizic, moral, social din exterior.

Noțiunea de victimă se referă la persoana care suferă un prejudiciu ori o atingere a vieții, sănătății sau integrității sale fizice ca urmare a unei fapte ilicite. Prin urmare, denumirea de victimă este sensul clar a persoanei care suferă o agresiune.

În ceea ce privește politica de asistență a victimelor traficului de persoane aceasta constituită din totalitatea serviciilor oferite victimelor în vederea recuperării fizice și psihice și a reîntegrării sociale. Aceste servicii pot fi oferite de către instituțiile publice, organizațiile private sau de către organizațiile nonguvernamentale.

Astfel, Ministerul Justiției alături de Ministerul Administrației și Internelor asigură specializarea personalului care stabilește legături directe cu victimele traficului de persoană. Judecătorii, procurorii, ofițerii și agenții de poliție au obligația de a încunoștiința victimele cu privire la: serviciile și organizațiile care asigură consiliere psihologică sau orice alte forme de asistență a victimei; organul de urmărire penală la care poate face plângere; dreptul la asistență juridică și instituția unde se poate adresa pentru exercitarea acestui drept; condițiile și procedura pentru acordarea asistenței juridice gratuite, a compensării financiare de către stat etc. Aceste informații sunt aduse la cunoștința victimei în scris sau verbal de către judecătorul, procurorul, ofițerul sau agentul de poliție la care victima se prezintă.

Ministerul Justiției, M.A.I. cu sprijinul Ministerului Comunicațiilor asigură funcționarea unei linii telefonice disponibile permanente pentru informarea victimelor acestei infracțiuni. Accesul la această linie telefonică este asigurat gratuit prin apelarea unui număr de telefon unic la nivel național. Serviciile de probațiune și protecția victimelor asigură la cerere, în mod gratuit, consiliere psihologică. Cererea pentru acordarea consilierii psihologice gratuite se depune la serviciul de probațiune și protecție a victimelor de pe lângă tribunalul în a cărei circumscripție domiciliază victima și se soluționează în termen de 10 zile de la data depunerii. Această consiliere psihologică se acordă pe o perioadă de cel mult 3 luni, sau de cel mult 6 luni pentru victimele care nu au împlinit vârsta de 18 ani. Serviciile despre care am făcut vorbire pot asigura și alte forme de asistență a victimelor acestei infracțiuni.

Ministerul Administrației și Internelor asigură pe teritoriul României, la cerere, protecția fizică a persoanelor victime ale traficului, care sunt părți în procesul penal, sumele de bani necesare în acest sens fiind suportate tot de către acest minister. Totodată, M.A.I asigură la toate punctele de trecere a frontierei de stat a României personal specializat, instruit pentru identificarea și preluarea victimelor în vederea îndrumării acestora către instituțiile specializate. Tot M.A.I organizează cursuri pentru formarea și specializarea personalului propriu implicat în cercetarea cazurilor de trafic de persoană și în audierea victimelor traficului, sprijină și coordonează activitatea centrelor de asistență și protecție a victimelor traficului de persoane.

Ministerul Educației, Cercetării și Inovării(MECI) face eforturi în direcția reintegrării elevilor victime ale traficului de persoane în sistemul educațional, în funcție de specificul traumei suferite.

Ministerul Afacerilor Externe, prin misiunile diplomatice și oficiile consulare ale României, eliberează, în caz de necesitate în vederea repatrierii, documente de identitate cetățenilor români care au fost victime ale traficului de persoane, într-un timp rezonabil.

Tot M.A.E. asigură difuzarea unor materiale de informare privind drepturile persoanelor, victime ale traficului. De asemenea, șefii misiunilor diplomatice și ai oficiilor consulare ale României în străinătate vor desemna un diplomat ca responsabil cu aplicarea metodologiei de repatriere ale cetățenilor români ale traficului de persoane.

În privința persoanelor care urmează să fie repatriate și care nu dispun de mijloace necesare pentru a achita contravaloarea cazării, întreținerii și biletului de transport, suma respectivă va fi suportată de M.A.E.

În cazul cetățenilor străini, victime ale traficului de persoane, România le facilitează acestora întoarcerea în țara lor de origine și le asigură transportul în deplină securitate până la frontiera statului român. Aceștia vor fi informați cu privire la procedurile judiciare și administrative, pot beneficia de consiliere psihologică, de asistență socială și medicală într-o limbă pe care o înțeleg. În cazul în care acești străini nu posedă nici un document de identitate ori acesta a fost pierdut, furat sau distrus, li se facilitează de către Direcția Relații Consulare din cadrul M.A.E. eliberarea unui nou pașaport sau titlu de călătorie.

Potrivit Ministerului Muncii și Solidarității Sociale, persoanele cu risc ridicat de a fi traficate și victimele traficului de persoane beneficiază cu prioritate de serviciile oferite de Agenția Națională de Ocupare a Forței de Muncă, respectiv de agențiile pentru ocuparea forței de muncă județene, în special acelea în a căror rază funcționează centre de asistență și protecție a victimelor traficului de persoane, conform normelor legale privind sistemul asigurărilor de șomaj și a stimulării forței de muncă. De asemenea, Ministerul Muncii alături de Ministerul Economiei studiază oportunitatea unor măsuri de stimulare a agenților economici care angajează persoanele cu risc ridicat de a fi traficate, precum și victime ale traficului.

Agențiile județene de ocupare a forței de muncă din județele în care funcționează centre de asistență și protecție a victimelor traficului de persoane organizează programe pentru inițierea și formarea profesională a victimelor.

Un rol esențial în activitatea de protecție și asistență a victimelor traficului de persoane revine și O.N.G-urilor. Direcțiilor de asistență socială, consiliilor locale și județene. Astfel, O.N.G-urile pot organiza independent sau în cooperare cu autoritățile publice, servicii pentru consilierea psihologică și de altă natură a victimelor infracțiunilor, caz în care pot beneficia de subvenții de stat. De asemenea, asociațiile și fundațiile care desfășoară programe de servicii de asistență socială pentru victimele traficului de persoane cum ar fi: hrană, cazare, consiliere, asistență, vor putea beneficia de subvenții de la bugetul de stat.

În cazul Consiliului Local în a cărei rază teritorială își desfășoară activitatea centre de asistență și protecție, asistenții sociali asigură victimelor traficului de persoane informații și consiliere pentru a beneficia de facilitățile asigurate prin lege persoanelor marginalizate social. Tot Consiliul Local din localitatea de domiciliu a victimelor traficului de persoane, cetățeni români, acordă acestora locuințe sociale.

În ceea ce privește centrele de asistență și protecție a victimelor traficului de persoane se impun câteva precizări.

Aceste centre trebuie să dispună de personal specializat în lucrul cu victimele traficului, care să-și desfășoare activitatea în baza unui ghid elaborat de instituțiile abilitate împreună cu O.N.G.-urile.

Dacă victima a solicitat să fie cazată într-un centru de asistență și conciliere, aceasta va fi cazată în centrul solicitat sau în centrul cel mai apropiat de localitatea sa de domiciliu, în funcție de capacitatea de cazare și de gradul de ocupare a acestor centre.

Durata cazării victimei într-un centru de asistență și consiliere nu poate depăși 10 zile. Această durată poate fi prelungită, la solicitarea organelor judiciare, cu cel mult 3 luni, sau după caz, pe perioada procesului penal. După expirarea acestor termene, dacă victima dorește să beneficieze în continuare de asistență și există posibilități de cazare, conducerea centrului poate aproba rămânerea victimei în centrul pentru încă o perioadă de cel mult 3 luni.

Personalul centrelor de asistență și protecție și lucrătorii M.A.I. asigură respectarea vieții private și a confidențialității identității victimelor traficului de persoane primite în centru. Victimele traficului de persoane primite în centrele de asistență și protecție sunt informate cu privire la procedurile judiciare și administrative aplicabile precum și cu privire la posibilitatea de a beneficia de măsuri specifice de protecția martorilor.

Personalul specializat al acestor centre are obligația de a aduce la cunoștință victimelor traficului de persoane faptul că au dreptul să primească asistență juridică obligatorie pentru a-și putea exercita drepturile în cadrul procedurilor penale, în toate fazele procesului penal, și să-și susțină cererile și pretențiile civile față de persoanele care au săvârșit infracțiunea de trafic de persoane, în care ele sunt implicate.

Cu toate acestea, procentul de ocupare al acestor centre de asistență și protecție este redus în condițiile în care sistemul de asistență și protecție al victimelor traficului de persoane din România e insuficient de dezvoltat.

Este cunoscut faptul că în țara noastră asistența socială e mai puțin dezvoltată, comparative cu țările occidentale, unde aceasta e foarte dezvoltată și bine focalizată asupra segmentelor defavorizate. La noi numeroase persoane vulnerabile au devenit victime ale traficului de persoane datorită lipsei unei legislații în domeniu și eșecului politicilor de asistență a persoanele aflate în situațiile de risc, prin politici sociale înțelegând activitățile desfășurate de stat – strategii, programe, proiecte, instituții, acțiuni, legislații care au ca scop influențarea bunăstării individului familiei sau comunității într-o societate.

În concret, în România sunt prestate printre, altele, următoarele tipuri de servicii de asistență și protecție pentru victimele traficului de persoane:

- asistență psihologică – cuprinde: evaluare, consiliere și terapie psihologică;
- asistență medicală – presupune accesul la servicii de sănătate, controlul medical, depistarea și tratarea bolilor;
- asistență juridică – aceasta poate presupune: informarea victimei cu privire la dreptul și obligația de martor în fața instanțelor judecătorești, la drepturile sociale și reprezentarea în instanță a victimei;
- asistență socială – cuprinde: adăpost, sprijin material sau financiar, obținerea de acte, consiliere și reintegrare familială, consiliere în vederea integrării sau reintegrării educaționale, profesionale, cuprinderea în programe de inițiere și formare profesională;
- repatrierea.

Acordarea acestor tipuri de servicii se poate realiza la centrul de protecție și asistență sau la domiciliul victimelor în funcție de situația acestora din urmă. În funcție de durata de acordare a serviciilor acestea sunt clasificate în servicii de urgență și servicii de lungă durată.

Serviciile de asistență și protecție de urgență, oferite de persoanelor identificate ca victime ale traficului de persoane sunt: îmbrăcăminte, adăpost etc. pentru un trai decent provizoriu, intervenție psihologică în situații de criză, asistență medicală de urgență, contactarea familiei, informarea cu privire la drepturile victimei, asigurarea legalității prin emiterea de noi documente de identitate.

Serviciile de asistență și de protecție pe termen lung sunt: asistența psihologică, socială, medicală, juridică dar și protecție fizică. Scopul acestui tip de asistență e de reintegrare socială a victimei și de reducere a posibilităților să fie retrafficată.

Victimele traficului de persoane de persoane pot beneficia de aceste servicii fie în centre de asistență guvernamentale, fie în centrul O.N.G.

Asigurarea accesului la serviciul de asistență și protecție reprezintă dreptul fundamental al victimei, fiind garantat prin lege. A nu avea acces la aceste servicii este echivalent cu a permite și a facilita retrafficarea.

Preocuparea față de studierea accesului victimelor traficului de persoane la serviciile de protecție și asistență se datorează numărului redus de studii realizate în România. În spatele acestui fenomen se ascund realități greu de închipuit, ființa umană fiind transformată într-o simplă marfă, destinată exploatării de către traficanți, în vederea obținerii de beneficii financiare. De cele mai multe ori, victimele sunt stigmatizate și excluse social, neajungând în situația de a primi asistență.

Victimele traficului de persoane pot accesa serviciile de asistență și protecție, însă de cele mai multe ori acest lucru nu are loc din cauza unor factori ce țin de alegerea individuală sau a altor factori, cum ar fi: neîncrederea în instituțiile statului, neconștientizarea de către instituțiile ce identifică victimele, dezvoltarea deficitară a serviciilor de asistență sau de protecție; incapacitatea centrelor guvernamentale de a oferi servicii pe termen lung, birocrăția, colaborarea deficitară dintre diferiți actori instituționali.

Astfel, vorbim despre un proces de excluziune socială ce reprezintă incapacitatea sau eșecul uneia sau mai multor sisteme privind realizarea deplină a drepturilor cetățenești. Ea constituie un factor important care are drept consecință reintegrarea victimei în circuitul traficului de persoane.

Principalele tipuri de excluziunii de la aceste servicii sunt:

a) autoexcluziunea – victima optează să respingă orice tip de serviciu de asistență sau protecție, ca urmare a alegerii individuale sau sub influența mediului familial;

b) excluziunea structurală - victima este exclusă de la serviciile de protecție și asistență din cauza unor factori structurali: răspunsul e total neadecvat nevoilor victimelor, autorii instituționali manifestă o colaborare lacunară; instrumentele legislative sunt ineficiente etc. ;

c) excluziunea cauzată de apartenența teritorială a persoanei – cu toate că la nivel național există servicii de asistență și protecție, apartenența la o comunitate poate conduce la excluziunea victimei.

Un aspect de o importanță deosebită care mai trebuie aavut în vedere este acela că importanța și cuprinderea serviciilor de asistență, protecție și consiliere sunt direct proporționale cu baza materială și sursele financiare ale consiliilor județene, iar asistenții

sociali ce acordă consiliere sunt angajații consiliului local de care aparțin teritorial centrele de consiliere. Drept urmare, calitatea generală și specifică a acestor servicii, modul în care sunt organizate, consecințele sociale ale funcționărilor eficiente sau deficitare, deci raportul consiliere-victimă e o variabilă dependentă de bugetul de venituri și cheltuieli.

Este evident că toate aceste neajunsuri pot fi evitate printr-o activitate de prevenire susținută, în care își au locul următoarele recomandări cu caracter general, pe care orice persoană trebuie să le aibă în vedere pentru a nu deveni o victimă a traficului de persoane:

- a nu se accepta promisiunile persoanelor necunoscute de a pleca în străinătate pentru diferite slujbe „onorabile” care necesită calificare (menajeră, baby-sitter) sau așa-zisele „angajamente artistice”;
- la primirea ofertei de lucru în străinătate, trebuie aflat cât mai multe detalii despre seriozitatea acesteia, dacă firma este acreditată în vederea recrutării și plasării forței muncă în străinătate și despre tarifele practicate;
- înainte de a lua decizia de a părăsi țara, este oportună obținerea de la Poliție sau Inspectoratul Teritorial de Muncă a unor informații despre angajator, dacă are dreptul să medieze angajarea în străinătate;
- a nu se accepta trecerea graniței cu acte false;
- a nu se da nimănui pașaportul, sub nici un motiv, cu excepția organelor statului (străin și român) abilitate să verifice actele de identitate. Acest document nu trebuie înstrăinat niciodată, el fiind singura dovadă de identitate;
- a se refuza oferte de genul „ plătesc eu cheltuielile pentru tine și te răscumperi tu când ajungem”;
- în caz de nevoie peste hotare, a nu se ezita să se ceară ajutorul ambasadelor României sau organizațiilor umanitare internaționale;
- dacă s-a luat hotărârea de a pleca, este indicat a se lăsa familiei, rudelor, prietenilor informații cu privire la locul de muncă, număr de telefon, denumirea și adresa companiei;
- este recomandat realizarea mai multor copii ale actelor necesare pentru călătorie și a se păstra în locuri diferite – vor fi folositoare atunci când persoana va fi depozedată de ele;
- a se învăța limba țării de destinație sau cel puțin câteva expresii;
- a se obține informații privind contacte în țara de destinație – coordonatele ambasadei sau consulatului României în țara respectivă sau ale ambasadei ori consulatului țării împuternicite cu protecția cetățenilor României, agenții guvernamentale etc.

BIBLIOGRAFIE

1. Gheorghe Mateuț, Tiberiu Rudică și colaboratorii *Traficul de ființe umane: infractor, victimă, infracțiune*, Asociația Alternative Sociale, Iași, 2005;
2. Legea nr. 678/2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane, publicat în M.Of. nr. 783 din decembrie 2001, modificată prin Legea nr. 287/2005 publicată în M.Of. al României nr. 917 din 13 octombrie 2005;
3. Regulamentul de aplicare a Legii 678/2001;
4. <http://anip.mai.gov.ro/ro/docs/studiu-final-2iuliepdf>.

CONSIDERAȚII PRIVIND RESPECTAREA DREPTURILOR OMULUI ÎN PROCESUL DE DOCUMENTARE A ACTIVITĂȚII PERSOANELOR CARE FAC PARTE DIN ORGANIZAȚIILE CRIMINALE

Lect. Univ. Dr. PINTILIE LIGIA
Academia de Poliție "Al. I. Cuza"

În activitatea de justiție, respectarea drepturilor omului, constituie una din probleme majore ale comunității internaționale, paralel cu eficientizarea luptei de combatere a criminalității organizate și terorismului.

Abordarea funcțională a garanțiilor legale privind apărarea drepturilor omului în cadrul procesului penal presupune un set de acte constituționale și procedurale care să guverneze activitatea organelor implicate în administrarea justiției, cât și nevoia de transparență instituțională în materia procedurilor penale și competențelor reprezentărilor autorităților publice în domeniile lor specifice¹.

Din această perspectivă legislația României răspunde exigențelor standardelor europene și internaționale, atât în ceea ce privește conținutul prevederilor constituționale cât și celor procedurale.

În conformitate cu art.11 din Constituția României², statul român se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună-credință obligațiile ce-i revin din tratatele la care este parte.

Potrivit art.20, dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate în concordanță cu Declarația universală a drepturilor omului, cu pactele și celelalte tratate la care România este parte.

În caz de neconcordanță între pacte și tratate privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte și legile interne, vor avea prioritate reglementările internaționale.

Articolele 5 și 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale care reglementează principiile unui proces penal echilibrat, cu garanții juridice clar definite, pentru persoane arestate sau judecate, pentru săvârșirea unei infracțiuni, își au corespondența în articolele 23 și 24 din Constituția României.

Astfel, Constituția României în articolele mai sus menționate stabilește calitatea judecătorului de a dispune arestarea preventivă și dreptul persoanei arestate de a se plânde unei instanțe cu privire la legalitatea mandatului.

De asemenea, se precizează în mod expres obligația organelor de urmărire penală de a aduce la cunoștință de îndată persoanei cercetate penal, în limba pe care o înțelege, motivele reținerii sau arestării, precum și în cel mai scurt timp învinuirea.

¹ George Bălan – Teză de doctorat „Ministerul Public și politica penală de apărare a securității naționale” pag.272 și urm.

² Constituția României din 21 noiembrie 1991 a fost revizuită prin Legea de revizuire nr. 429/2003 din 18 septembrie 2003, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 669 din 22 septembrie 2003 și republicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 767 din 31 octombrie 2003.

Totodată, judecătorul este și titularul altor măsuri procesuale, respectiv eliberarea de autorizații de percheziție cât și a mandatelor și autorizațiilor de interceptare a convorbirilor telefonice, la cererea motivată a procurorului.

Judecătorii, în calitatea lor de magistrați inamovibili și independenți constituiți în instanțe au devenit garanții înfăptuirii unei justiții unice, imparțiale și egală pentru toți.

Dreptul de apărare este garantat în tot cursul procesului, iar față de persoana arestată învinuirea se va aduce la cunoștință numai în prezența unui apărător ales sau numit din oficiu.

Principiul prezumției de nevinovăție afirmat în art.6 pct.2 din Convenție se regăsește în mod expres în art.23 din Constituția României, în care se arată că până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de condamnare, persoana cercetată și judecată penal este considerată nevinovată.

Totodată, se garantează persoanelor arestate dreptul la atac asupra legalității măsurii, dar și posibilitatea formulării de cereri privind punerea în libertate provizorie, sub control judiciar sau pe cautiune.

În conformitate cu art.8 din Convenție, „orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și a corespondenței sale”, amestecul unei autorități publice fiind admis în „măsura în care acest amestec este prevăzut de lege și dacă aceasta constituie o măsura care, într-o societate democratică este necesară securității naționale, siguranței publice, bunăstării economice a țării, apărării naționale și prevenirii faptelor penale, protecției sănătății sau a moralei ori protecției drepturilor și libertăților altuia”¹.

Se poate aprecia că sunt inerente noțiunii de viață privată și corespondența, și comunicațiile telefonice și electronice.

Din această perspectivă, art.28 și 49 - Constituția României stabilește un cadru normativ al protecției acestor drepturi precizându-se că: „secretul scrisorilor, al telegramelor, al altor trimiteri poștale, al convorbirilor telefonice și al celorlalte mijloace legale de comunicare este inviolabil”, exercițiul acestor drepturi putând fi „restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru apărarea siguranței naționale, a ordinii, a sănătății, ori a moralei publice, a drepturilor și libertăților cetățenilor, pentru desfășurarea instrucției penale cât și pentru prevenirea consecințelor unor calamități naturale ori ale unui sinistru deosebit de grav”.

Astfel, raporturile dintre folosirea mijloacelor, metodelor și tehnicilor speciale de investigație și respectarea drepturilor omului, a relevat că trebuie folosite cu precădere numai în acele cauze deosebit de complexe în care se cercetează fapte cu un grad de pericol social ridicat și numai în condițiile respectării unor standarde rezonabile naționale și internaționale privind drepturile omului².

¹ S-a apreciat că dezvoltarea informaticii și a prelucrării automate a datelor a generat o sporire a riscului ca autoritățile publice și societățile comerciale să utilizeze abuziv volumul uriaș de informații privind persoanele particulare și să intervină în viața privată a acestora. În acest sens, „Consiliul Europei a încurajat statele membre în elaborarea unei legislații naționale capabile să prevină astfel de abuzuri, legislație bazată pe principiile definite de Convenția europeană pentru protecția persoanelor împotriva prelucrării automate a datelor personale”. (Manualul Consiliului Europei, editat de Centrul de informare și documentare al Consiliului Europei la București, 1999, pag.. 192).

² George Bălan – op.cit. pag.275 și urm.

În acest sens practica judiciară europeană pune în evidență necesitatea administrării acestor probatorii numai în condițiile respectării garanțiilor procesual penale privind desfășurarea unui proces penal echitabil.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a judecat cazul Ludi contra Elveției - punerea sub ascultare, dublată de intervenția unui agent infiltrat în cantonul Berna sancționând încălcarea acestor garanții în condițiile folosirii investigatorului acoperit și interceptarea convorbirilor telefonice¹.

Astfel, cetățeanul elvețian L. Ludi a fost arestat și pus sub inculpare pentru trafic de droguri la data de 01.08.1984 în urma interceptării comunicațiilor sale telefonice și a raportului întocmit de un ofițer al poliției ce a acționat sub acoperire ca potențial cumpărător al drogurilor și a negociat distribuirea cocainei oferite de L. Ludi.

La 04.07.1985 tribunalul de district îl condamnă la 3 ani închisoare pentru trafic de stupefiante.

În scopul asigurării anonimatului agentului, tribunalul refuză audierea acestuia ca martor, motivându-se că din rapoartele întocmite și procesele-verbale de interceptare a convorbirilor telefonice rezultă clar intenția inculpatului de a comite faptele reținute în sarcină.

Instanțele de apel au respins în mod succesiv cererea petiționarului de a fi ascultat ca martor agentul acoperit.

Inculpatul Ludi a sesizat Curtea Europeană a Drepturilor Omului cu privire la punerea sub ascultare a convorbirilor telefonice și „manipularea” sa de un agent infiltrat, plângându-se că prin aceste practici polițienești i s-a adus o încălcare a principiului respectării vieții sale private (art.8 din Convenție).

De asemenea, a susținut că hotărârea de condamnare s-a întemeiat numai pe rapoartele întocmite de agentul acoperit, care nu a fost citat ca martor, încălcându-i-se drepturile sale la un proces echitabil și la ascultarea martorilor acuzării.

Curtea a pronunțat Hotărârea din 15.06.1992 - Cameră - seria ANR 238 prin care a constatat că deși punerea sub ascultare a convorbirilor telefonice este o ingerință în viața privată a unei persoane, totuși ea fiind prevăzută în legislația cantonului Berna este necesară într-o societate democratică în scopul prevenirii infracțiunilor.

S-a apreciat de asemenea, că recurgerea la folosirea unui agent infiltrat nu atinge sfera vieții private motiv pentru care atât cu privire la primul cât și la al doilea aspect Curtea a hotărât respingerea plângerii formulate.

Totuși, Curtea a reținut că în situația în care nici instanțele de judecată și nici magistratul nu l-au audiat pe agentul infiltrat, deși audierea se putea efectua ținându-se seama de interesele legitime ale autorităților polițienești, s-au încălcat principiile desfășurării unui proces echitabil.

De asemenea, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a analizat și situația raporturilor dintre respectarea drepturilor omului și supravegherea secretă a comunicațiilor poștale și telefonice fără obligația de încunoaștințare a celor supravegheați (cazul Klass și alții contra Germaniei) și situația ascultării telefonice efectuate de către un ofițer al poliției judiciare,

¹ Vincent Berger - Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, ed. a IV a, Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 1988, trad. Ionel Olleanu și Cornel Atanasiu, pag.. 286-288.

delegat pe bază de comisie rogatorie la solicitarea unui judecător de instrucție (cazul Hung contra Franței)¹.

Cazul Klass și alții contra Germaniei a plecat de la legislația care autorizează în anumite condiții supravegherea secretă a comunicațiilor poștale și telefonice.

Legislația adoptată în 1968 în Republica Federală Germania -respectiv un amendament la art.10 al.2 din Legea fundamentală și o lege din august 1968, care aduce restricții la secretul corespondenței, a trimiterilor poștale și a telecomunicațiilor - permite, în anumite condiții, o supraveghere secretă, fără obligația de a informa pe cel interesat. În afară de aceasta, legislația exclude recursul la tribunale împotriva adoptării și executării măsurilor de supraveghere; ea instituie, în schimb un control a două organe: un comitet de cinci parlamentari, desemnați de către Bundestag în mod proporțional și o comisie din trei membrii numiți de acest comitet pe durata legislaturii.

Gerhard Klass, procuror, Peter Lubberger, avocat, Jurgen Nussbruch, judecător, Hans-Jurgen Pohl și Dieter Selb, avocați, au sesizat Curtea Constituțională în legătură cu legislația care autorizează supravegherea comunicațiilor. Sesizată de către ei, Curtea Constituțională Federală hotărăște, la 15 decembrie 1970, că legea din 13 august 1968 este nulă, întrucât ea exclude informarea celui interesat despre supraveghere, chiar și atunci când aceasta se poate face fără a compromite scopul restricției.

În cererea lor din 11 iunie 1971, către Comisie, cei cinci juriști susțin că legislația germană, așa cum a fost modificată și interpretată de către Curtea Constituțională Federală, este contrară art.6, 8 și 13 din Convenție: pe de o parte, abilitază autoritățile să supravegheze corespondența și comunicațiile lor telefonice, fără a obliga aceleași autorități să-i avizeze ulterior de măsurile luate față de ei; pe de altă parte, ea nu permite atacarea acestor măsuri în fața jurisdicțiilor de drept comun.

În expunerea din 10 martie 1978, agentul guvernului german informează Curtea că în nici un moment nu au fost ordonate și nici executate măsuri de supraveghere împotriva petiționarilor în virtutea legislației în cauză.

Curtea analizând cererea formulată a pronunțat Hotărârea din 6 septembrie 1978 (plenul Curții - seria A nr.28).

Guvernul german afirmă că, întrucât plângerea petiționarilor se întemeie pe o eventualitate pur ipotetică, de a fi supuși unei supravegheri, nu ar putea fi considerați victime în sensul art.25 din Convenție. Într-adevăr acest articol permite Comisiei, în anumite condiții, să accepte sesizarea prin cereri de la orice persoană care se pretinde victimă a unei violări a Convenției. Având în vedere particularitățile cauzei, Curtea a decis că petiționarii, fiecare dintre ei, sunt în drept să se pretindă victime ale unei încălcări, cu toate că - dat fiind caracterul secret al oricărei măsuri de supraveghere - ei nu pot susține, în sprijinul cererii lor, că au fost efectiv supuși la o supraveghere.

Curtea studiază apoi chestiunea de a ști dacă petiționarii au fost într-adevăr victime ale unei violări și a examinat compatibilitatea legislației germane cu art.8,13 și 6 din Convenție.

În ceea ce privește art.8, Curtea a reținut că nimeni nu contestă că legislația în cauză implică un amestec în dreptul petiționarilor la respect pentru viața lor privată și de familie și a corespondenței. Principala problemă stătea deci în a ști dacă această ingerință era justificată în virtutea paragrafului 2 al art.8.

¹Vincent Berger -op. cit, pp. 468-476.

Prevăzând o excepție la un drept garantat prin Convenție acest paragraf cere, subliniază Curtea, o interpretare stricto sensu. Efectiv, posibilitatea de a supraveghea în secret cetățenii este o caracteristică a statului polițienesc și nu este tolerată de către Convenție decât în măsura strict necesară a apărării instituțiilor democratice.

Curtea consideră că legislația în cauză are un scop legitim din punct de vedere al paragrafului 2 al art.8, acela de a asigura apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor penale.

Preocuparea pentru respectarea drepturilor omului în relația cu interesele legitime ale statelor, a marcat și opinia publică la nivelul fiecărei țări.

De asemenea, în raport de programele globale desfășurate de anumite state în vederea supravegherii și controlului informațiilor vitale pentru combaterea criminalității organizate, s-au exprimat opinii contradictorii, generând un interes crescând pentru analiza relației dintre aceste programe și principiile respectării drepturilor omului.

Astfel, începând cu anul 1998, s-a vorbit și s-a scris mult despre sistemul internațional de supraveghere a comunicațiilor Echelon.

Echelon este un sistem folosit de S.U.A prin intermediul N.S.A (Agenția pentru Securitate Națională), cu ajutorul căruia se interceptează și procesează comunicațiile internaționale.

În mass-media s-a prezentat sistemul Echelon ca fiind parte a unui sistem de supraveghere globală care interceptează comunicațiile ce se realizează prin sateliți, cabluri submarine, transmisiile radio, echipamentul secret instalat în ambasade și orice semnale emise din orice loc de pe suprafața pământului, sistem ce a "scandalizat" Uniunea Europeană deoarece prin el, Statele Unite ale Americii pot să intercepteze tot ce înseamnă transmisie de date.

De asemenea, tot în mass-media s-a arătat că descoperirea controversatului sistem de monitorizare a comunicațiilor globale, controlat de Statele Unite ale Americii și Marea Britanie, a semănat îngrijorare în cancelariile europene, cu privire la capacitatea sistemului de a fi folosit în scopul spionajului industrial și nu numai de cele două puteri.

S-a mai susținut că sistemul Echelon și-a depășit scopurile inițiale de supraveghere a activităților teroriste, desfășurând la fel de bine și activități activități de spionaj politic și comercial¹.

Acest sistem ce poate reprezenta un mijloc global de investigații reprezintă o provocare la adresa democrației statelor posesoare deoarece acestea trebuie să rezolve în limitele respectării drepturilor omului problema aplicării propriilor geo-politici de securitate și respectarea standardelor internaționale privind drepturile omului².

În acest sens, Consiliul Europei, recunoscând importanța acestui instrument în protejarea intereselor naționale și în particular a securității fiecărui stat cât și în cercetarea faptelor penale grave, a recomandat ca legislația privind interceptarea telecomunicațiilor să se realizeze după determinarea, identificarea și depășirea dificultăților în implementarea cerințelor privind respectarea drepturilor omului și protecția datelor personale³.

¹Patrick S. Poole - Echelon: America's Secret Global Surveillance Network (Echelon - Rețeaua secretă americană de supraveghere globală), disponibil la adresa <http://hiwaay.net/~pspoole/echelon/on.htm/>

² George Bălan – op.cit. pag.286 și urm.

³Rezoluția Consiliului Uniunii Europene din 17 ianuarie 1995 privind legislația interceptării telecomunicațiilor, publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene din 4 noiembrie 1996,

Folosirea mijloacelor, metodelor, tehnicilor și procedeele de investigație în cadrul activității de combatere a criminalității organizate, trebuie să se realizeze numai prin respectarea strictă a cadrului legal stabilit în așa fel încât acestea să nu depășească limita rezonabilă și mai ales legală prevăzută în această materie de legislația națională.

Orice astfel de mijloc de investigație, indiferent cât de sofisticat este din punct de vedere tehnic, trebuie să fie folosit respectându-se un echilibru just între dreptul fiecărei persoane de a-și exercita libertățile recunoscute prin instrumente internaționale, dar și exigențele apărării ordinii și liniștii publice cât și a securității naționale¹.

BIBLIOGRAFIE

Bălan George – Teză de doctorat „Ministerul Public și politica penală de apărare a securității naționale”, București, 2006.

Vincent Berger - Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, ed. a IV a, Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 1988.

Pintilie Ligia – Metode și tehnici de investigare și documentare a infracțiunilor în domeniul crimei organizate.

Patrick S. Poole - Echelon: America's Secret Global Surveillance Network (Echelon - Rețeaua secretă americană de supraveghere globală), disponibil la adresa <http://hiwaay.net/-pspoole/echelon/on.htm/>

Ionel Cloșcă, Ion Suceavă - Tratat de drepturile omului , ed. a II-a. Editura VIS. Print. București. 2003.

Rezoluția Consiliului Uniunii Europene din 17 ianuarie 1995 privind legislația interceptării telecomunicațiilor, publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene din 4 noiembrie 1996, disponibil la adresa http://www.privacy.org/pi/activities/tapping/eu_top.resolution.html.

disponibil la adresa http://www.privacy.org/pi/activities/tapping/eu_top.resolution.html.

¹ Ionel Cloșcă, Ion Suceavă - Tratat de drepturile omului , ed. a II-a. Editura VIS. Print. București. 2003. pag. 439.

REPERE ALE EVOLUTIEI DREPTURILOR OMULUI DREPTUL LA LIBERA ASOCIERE SI AFILIERE

FOCA MARIAN

Lector niversitar, ULIM Chisinau

This study, offers a summary of institution and presence un historical evolutiona of notion of human right and international reglementation.

Desi problematica “Drepturile Omului” pare sa fie o chestiune specifica secolului XX, ea nu este totusi absolut noua in istoria umanitatii. Ideea de “drepturi ale omului” isi are radacinile inca in cele mai vechi timpuri cum ar fi anul 300 i.Hr. in filosofia istorica greco-romana intemeiata de Zenon. Acesta contura ideea ca fiecare individ este indreptatit sa pretinda recunoasterea propriei sale demnitati si respectarea lui ca persoana.

In ceea ce priveste expresia garantarii libertatilor, primul document relevant il constituie Magna Charta Libertatum din 1215, prin care nobilimea engleza a reusit sa impuna respectarea privilegiilor ei de catre rege. A fost urmata de alte documente ca: “Pettition of Rights” (1628) si “Haleas Corpus Acte” (1679) in Anglia, care urmareau ingradirea absolutismului monarhic si afirmarea libertatii individului iar in S.U.A. de “Bill of Rights” (Virginia 1776) si Declaratia de independenta a S.U.A. de la 4 iulie 1776. Aceste documente se bazu pe conceptiile filosofice privind libertatea personala si libertatea politica a filosofilor englezi moderni. Revolutia franceza de la 1789 a propus un alt document important: Declaratia Drepturilor Omului si Cetateanului.

Insa cele mai importante documente au aparut in perioada post-belica, ca expresie a vointei nationale de aparare a drepturilor omului:

- Declaratia Universala a Drepturilor Omului (ONU - 10 dec. 1948);
- Conventia privind prevenirea si pedepsirea genocidului (9 dec. 1948);
- Conventia Europeana privind protectia drepturilor omului si apararea libertatilor fundamentale (4. nov. 1950) cu Protocolul aditional din 20 martie 1952;
- Pactul international privind drepturile cetatenesti si politice (19. dec. 1966);
- Documente finale ale Conferintei de la Helsinki (1. aug. 1975).

Una dintre cele mai importante realizari ale Consiliului Europei este Conventia Europeana a Drepturilor Omului. Acest tratat international defineste drepturile si libertatile inalienabile ale fiecaruia dintre noi si obliga statele la garantatarea acestor drepturi pentru fiecare dintre cetatenii lor. Mai mult, el instituie un sistem international de protectie: statele si (in anumite conditii) persoanele particulare pot sesiza institutiile de la Strasbourg in cazul violarii Conventiei. Trebuie sa amintim si de lupta de veacuri a femeilor pentru egalitate. Stiati ca de-abia in 1957 prin Tratatul de la Roma femeia a avut dreptul de a primi aceeasi suma de bani ca si barbatul? Dar si astazi putem observa cu usurinta emancipata si moderna femeie americana acceptata in toate domeniile de activitate, in timp ce umila femeie din China ramane in continuare o unealta in asprul sistem comunist chinez: ca mama, ea isi vede copilul omorat pentru ca a depasit planul familial sau este fortata sa avorteze conform politicii de control a nasterii adoptata de catre guvernul chinez.

De la istoricii greci incoace, omenirea n-a incetat sa trudeasca pentru a formula ceea ce azi numim drepturile individului. La inceput, stradaniile au fost mai curand filosofice.

Mai tarziu, celebrele Habeas Corpus si Bill of Rights (1679, 1689 - in Marea Britanie), Declaratia de independenta a Statelor Unite (1776) si, mai ales, Declaratia franceza a drepturilor omului si cetateanului (1789) au facut, cu adevarat, istorie. Istorie, insa, mai ales la scara nationala. Ororile savarsite in cel de-al doilea razboi mondial au convins totusi, omenirea, ca trebuie sa faca, impreuna, ceva. Dreptul unui stat (suveran) de a dispune cum pofteste de propriii cetateni a inceput sa fie pus sub semnul indoielii: regimurile care si-au tratat barbar "supusii" se dovedisera, prea adesea, periculoase pentru alte tari si pentru pacea mondiala. Astfel a fost conceputa, in 1948, Declaratia Universala ce formula drepturile universale si indivizibile ale persoanei umane, un ideal conceput pentru intreaga omenire drept baza si cadru pentru toate progresele planuite pentru mai tarziu. Declaratia este un cod complet al demnitatii umane: dreptul la viata, la libertate, la libertatea de constiinta si de exprimare, prezumtia de nevinovatie, interzicerea torturii, dreptul la libera circulatie, dar si dreptul la un trai decent, la munca, la educatie, la concedii platite si asistenta medicala etc.

Nici o tara membra a Natiunilor Unite nu a votat impotriva Declaratiei Universale. S-au abtinut "blocul sovietic" si Arabia Saudita.

Faimosul Andrei Visinski a comentat sec, in chiar ziua adoptarii: "E o colectie de fraze pioase".

Stia Visinski ce stia. Declaratia Universala si-a dovedit, decenii la rand, totala neputinta. Serialul ororilor a continuat cu inversunare. Nimic n-a putut sta in calea gulagului sovietic, a Canalului si a Pitestiului de la noi, a Revolutiei Culturale din China, a "campiilor mortii" din Cambodgia sau a "razboiului murdar" din Argentina. Iar in vreme ce mirosul de sange plutea, statut, deasupra Pamantului, drepturile omului erau tot mai mult invocate in retorica ipocrita a duelurilor caracteristice razboiului rece: America si URSS se acuzau copios una pe cealalta, sponsorizand, in acelasi timp, dictatori-clienti care mai de care mai neomenosi. Formula cinica lansata de Roosevelt facea scoala: "O fi un (dictator) ticalos, dar e ticalosul nostru".

Impotentia pe "teren", Declaratia Universala isi aducea, totusi, pe lume, cu forcepsul, pruncii: a durat doua decenii pentru formularea pacturilor privind drepturile politice, civile, economice, sociale si culturale si aproape 30 de ani pentru ratificarea lor. Abia in anii '70, ONU a fost autorizata sa cerceteze (mai intai, cu "discretie") incalcarile flagrante si persistente ale drepturilor omului. Mai aspru cu cei mici (Cuba, de pilda) si bland cu cei mari (China), Comitetul pentru drepturile omului si alte organisme au inceput totusi sa-si intre in paine.

De pedepsit, insa, crimele impotriva umanitatii, genocidurile s.a.m.d. n-au fost pedepsite decenii la rand dupa Nurenberg, desi lumea a cunoscut de atunci peste 100 de conflicte sangeroase in care primele victime au fost civili nevinovati. Ar fi nedrept, insa, sa fie trecut sub tacere ceea ce s-a realizat totusi, efectiv, in acea vreme, in privinta drepturilor omului. Dojana Comitetelor ONU a avut un oarecare efect mai ales in tarile cele mai democratice: Olanda si Canada si-au modificat legislatiile, Japonia a imbunatatit situatia prizonierilor etc. America a fost sapunita zdravan - dar cu mai putin succes - pentru abuzuri ale politiei sau mentinerea pedepsei cu moartea. Mult mai eficient s-a dovedit, insa, un organism regional - cel mai celebru dintre toate - Consiliul Europei. Infiintat in 1953 si inzestrat cu o Curte pentru drepturile omului (Strasbourg), faimosul Consiliu a impus numeroase puneri la punct legislative in Germania, Franta, Marea Britanie sau Austria. Incheierea razboiului rece parea sa puna capat epocii in care progresele in privinta

drepturilor omului erau rezervate "premiantilor". Optimismul dezlantuie după caderea Zidului din Berlin a fost doar în parte îndreptatit. Secolul XX a continuat să-și etaleze atrocitățile: genocid în Ruanda, purificarea etnică în Bosnia, maceluri și torturi în Somalia, Cecenia sau Sri Lanka. Dispariția marilor confruntări ideologice n-a făcut comunitatea internațională cu mult mai obiectivă în condamnarea celor mai grave încălcări ale drepturilor omului. Interesele militare și economice au trecut, mai departe, înaintea celor morale în înfierarea "selectivă" a regimurilor vinovate și disculparea prea grabită a altora.

Sfârșitul războiului rece a prilejuit, însă, o nouă revoluție dacă nu în legislația internațională, cel puțin în interpretarea acesteia.

Parafrazând celebra formulă a "suveranității limitate", inventată de Brejnev, am putea spune că anii '90 au adus la rampă "suveranitatea condiționată". "Neamestecul în treburile interne" a încetat să mai fie un scut impenetrabil.

Pe de o parte, pentru curmarea unor catastrofe umanitare au avut loc intervenții armate (riscante, mult discutate și, uneori, cu eficiență îndoielnică) în nordul Irakului, Somalia, Ruanda și Bosnia. Pe de altă parte, în '93, respectiv '94, prin decizia Consiliului de Securitate, au fost instituite două Tribunale internaționale pentru fosta Iugoslavie și Ruanda, însărcinate să judece autorii crimelor împotriva umanității și ai genocidului. 7 persoane au fost deja condamnate, alte circa 40 de procese sunt în desfășurare.

Multi juristi și politicieni cu greutate ai sfârșitului de secol sunt convinși că atât crimele de război cât și cele împotriva umanității intra sub jurisdicția internațională, oriunde s-ar petrece și oricine le-ar savărsi. În numele acestei convingeri, și generalul Pinochet asteaptă, acum, verdictul autorităților britanice și risca să fie primul dintr-un lung sir de dictatori sud-americani extradat și judecat pentru crimele, torturile și "disparitiile" petrecute în vremea regimului militar. "Cazul Pinochet" a incins spiritele la Santiago și nu numai. Multi se întreabă deja: după ce tribunalul de la Haga vrea cu înversunare capul lui Karadžić, după batalia pentru judecarea fostului dictator chilian, cine urmează din rândurile "marilor sefi"?

"Dreptul la ingerință" și aducerea în fața tribunalelor internaționale a celor suspectați de crime împotriva umanității starnesc controverse aprinse. Sunt contestate autoritatea acestor tribunale, coerența și gradul de acoperire a legislației internaționale, amestecul geopolitic în "punerea pe rol" a proceselor și formularea verdictelor. Mai mult, continuă - mai aprige ca oricând - acuzațiile că "noua ordine juridică internațională" nu este altceva decât o formă de imperialism al democrației liberale din statele prospere occidentale împotriva altor culturi care au cu totul alte valori, incompatibile cu aceasta (valori asiatice, de pildă, sau cele ale fundamentalistilor islamici). Există, poate, câte un sambure de adevăr în mai toate aceste contestări și acuzații. Dar nu-i mai puțin adevărat că există nu doar fundamentalism, ci și moderatie - și încă bine reprezentată - în toate culturile neo-occidentale.

Ca și în 1948, când propunerile pentru Declarația Universală au fost surprinzător de asemanătoare indiferent din ce cultură sau sistem social au provenit, există mai multe lucruri care leagă diferite culturi decât cele care le fac ireconciliabile. Nici budistii, nici musulmanii moderati și nici macar fundamentalistii nu și-au exprimat, în fond, solidaritatea cu Pol Pot, unul dintre cei mai mari criminali ai tuturor timpurilor, care s-a bucurat de impunitate până la sfârșitul zilelor după ce regimul său a masacrat o treime din poporul Cambodgiei. Un amestec cu geometrie variabilă de critici, monitorizare, proteste diplomatice, sancțiuni, compromisuri, demagogie și gafe istorice împinge totuși - lent,

ezitant dar constant - drepturile omului in avanscena vietii internationale. Influenta acestora asupra problemelor globale ramane, totusi, destul de neinsemnata. Ca intotdeauna in ultima jumatate de secol, actiunea guvernelor e dictata in primul rand de interese economice si militare iar cancelariile acuza vehement si trec la fapte sau tac malc mai mult dupa calcule egoiste decat dupa norme morale (sau legale) universale. Cel mai adesea "principialitatea" guvernelor in acest domeniu este rezultatul fie al presiunii opiniei publice interne, fie al comunitatii internationale. Organizatiile neguvernamentale - intre care cea mai faimoasa si "internationalizata" este Amnesty International - sunt, probabil, in mod firesc, militanti cei mai statornici si mai activi ai drepturilor omului.

Dar daca astazi drepturile omului inflacareaza prea putin oamenii din multe tari ale lumii, explicatia de capetenie consta, mai curand, in faptul ca o anumita parte a prevederilor Declaratiei Universale sunt, pentru mai bine de o jumatate din omenire, inaccesibile. Educatia, sanatatea, dreptul la o existenta decenta - acele drepturi care nu se pot obtine in tribunale, fie ele internationale - raman doar o aspiratie pentru miliarde de oameni. Comunismul a facut, fariseic, caz de ele, fara ca subiectii sai sa se bucure in fapt de asemenea prevederi ale Declaratiei de acum 50 de ani. Azi, aceste drepturi pot fi evocate fara suspiciuni ideologice. Insi Pierre San,, secretarul general al Amnesty International atrage atentia ca "modernizarea in mars fortat a unor tari in curs de dezvoltare din America Latina, Asia si Europa de Est se face, adesea, in dispretul celor mai elementare drepturi ale populatiei defavorizate". Dl San, nu poate fi suspectat de "nostalgii comuniste". Nu poate fi suspectat nici ministrul de externe francez Hubert V`drine care avertiza, recent: "In multe regiuni ale lumii, dramele iau nastere din cauza imploziilor structurilor statului, care elibereaza toate formele ancestrale de ura intre grupuri umane si lasa sa se dezlantuie crima organizata. Sa nu uitam niciodata ca, in sintagma Statul de drept, primul cuvant este Statul". Daca statul-dictator nu vrea, prin insasi natura sa, sa-si trateze cu respect cetatenii, statul in degringolada nu poate si nu ii mai pasa de respectarea drepturilor fundamentale ale omului. Statul "implodat" favorizeaza, de altfel, vidul care poate deschide calea statului-dictator. Si intr-un caz si in celalalt, prima victima e cetateanul, care e agresat in loc sa fie aparat si care devine prizonierul liberului arbitru al autoritatilor sau, dupa caz, al unor forte paralele cu acestea. Dezamagirile si nelinistile romanilor nu sunt singulare. Abuzurile impotriva drepturilor omului continua, inclusiv dupa '96 (ultimul raport pentru Romania al lui Amnesty International confirma aceasta situatie), increderea in justitie este in scadere, "dreptul la ingerinta" tulbura multi dintre cetatenii nostri, crescuti in traditia suveranitatii nationale intangibile. Si, mai presus de toate, romanii sunt exasperati ca drepturile economice si sociale, inscise in Declaratia universala, sunt la fel de iluzorii daca nu mai iluzorii decat in vremea comunismului.

Exasperarea nu este, insa, un sfetnic bun. Fata de Drepturile omului oamenii se comporta, adesea, precum cu o haina veche, uitata intr-o debara: nimeni nu mai da doi bani pe ea pana cand altcineva nu pune ochii pe ea. Haina cea veche si dispreuita isi recapata, abia atunci, valoarea.

REPERE ISTORICE

Doar constiinta umana va determina o lege, dupa care fiinta umana se va bucura de drepturile si libertatile fundamentale.

Pentru a putea intelege fenomenele referitoare la aparitia si evolutia conceptului drepturilor omului, trebuie sa privim aceasta dezvoltare prin prisma evenimentele care s-au

produs de-a lungul etapelor istorice parcurse de omenire. Pentru aceasta incursiune istorica e necesar sa apelam la evolutia gandirii filozofice, procesului de cunoastere, aptitudini ce sunt caracteristice omului, care reprezinta o fiinta inzestrata cu ratiune. In acest proces vom apela la ajutorul istoriei care este stiinta trecutului umanitatii si, mai exact, la cel al istoriei obiective care este stiinta evenimentelor, precum si la cel al istoriei comprehensive care studiaza legile generale (economice, socio-logice, politice etc.) care guverneaza miscarea generala a evolutiei. Omul, chiar de la aparitia sa a fost inzestrat cu morala, iar morala este stiinta care pune problema menirii omului in lume si raspunde la intrebarea:

"Ce trebuie sa fac?" Nu o ultima importanta in determinarea comportarii omului in societate o are, doctrina religioasa care a avut si are un impact puternic asupra comportamentului uman. Religia este in sine o forma de viata, iar filozofia este un mod de a intelege. Legea divina a stabilit si un comportament egal intre oameni, prin introducerea respectului fata de Dumnezeu, care i-a creat.

Sub aspect filozofic este interesant faptul ca un raspuns privind aparitia omului il gasim in una din cele mai vechi si citite carti cum este Biblia, care la intrebarea "Cum se numesc cei dintai oameni ?" da un raspuns ce este comentat si interpretat de la aparitia ei:

"Cei dintai oameni se numesc Adam si Eva.

Probabil ca atunci a primit primul om si primele sale drepturi si obligatii:

- si a fost pus Adam in gradina cea din Eden, ca s-o lucreze si s-o pazeasca
- toate fiarele campului au fost aduse la Adam, ca sa vada cum le va numi; asa ca toate fiintele vii sa se numeasca precum le va numi Adam.

Domnul le-a ingaduit sa manance dupa placere din rodul tuturor pomilor, limitandu-le accesul doar la Pomul Cunoastintei binelui si raului, iar mai tarziu si din pomul vietii".

Tot Biblia ne face cunoscuti si cu prima pedeapsa aplicata oamenilor, care a constatat in izgonirea din Eden si supunerea la greutatile legate de dobandirea hranei, lucrarea pamantului, pentru femeie in primul rand chinurile nasterii...

Deci, oamenilor, chiar de la aparitia lor, constient sau inconstient, le-a fost caracteristica tendinta de a cunoaste cat mai mult, de a se realiza si de a obtine cat mai multe libertati si drepturi.

Omenirea a tins sa se afirme prin obtinerea de cunostinte, obtinand astfel posibilitatea de a se debarasa de intunericul ne-stiintei, transformand cunostintele sale in drepturi materiale. Iar in tot cursul istoric de dezvoltare a omenirii o lege era urmata de alta lege mai buna si mai completa. In fapt, desi drepturile omului sunt considerate universale, desi toti oamenii se nasc egali si se bucura de drepturi egale, nu toti au aceleasi posibilitati sa-si reclame si sa-si exercite drepturile la nivelul corespunzator, astfel exista tendinta de a se crea inegalitati, de a se afirma drepturile unor grupuri in dauna altora, de a exclude unele comunitati de la exercitarea deplina a drepturilor omului.

Convingerea ca oamenilor, in calitatea lor de oameni, li se cuvin anumite drepturi apare inca din timpurile stravechi si parcurge intreaga istorie a gandirii sociale. Inca din societatile cele mai vechi exista o divizare in drepturi si obligatii. Cineva avea o putere mai mare, cineva avea mai mari obligatii. Exista si o divizare a muncii si a bunurilor. Fiecare avea rolul sau in comunitate. Fara indoiala ca existau si legi, unele scrise, altele nescrise. Cu toate acestea, primele lucrari scrise au ajuns la noi din timpuri nu atat de vechi.

In Grecia antica la Hesiod (700 i.e.n.) in lucrarea "Munci si zile" a marelui jurist si legiuitor Solon (594 i.e.n.) au aparut primele idei privind "legalitatea naturala". La randul lui, Pericle (490-429 i.e.n.) afirma:

"Din punct de vedere al legilor, toti, fara a considera deosebirile private, se bucura de egalitate pentru accesul la demnitati; fiecare dupa modul cum se distinge, obtine o preferinta fondata pe merit, nu pe clasa."

O contributie deosebit de importanta in aparitia progresiva a conceptiei unui ansamblu universal si etern de reguli si valori a avut-o Platon (427-347 i.e.n.), care a stabilit o neta distinctie intre idei si cultura sau traditie. Aceasta concectie apare foarte limpede si in lucrarea lui Protagoras, unde se profeseaza o adevarata credinta a naturii universale, comune oamenilor cu diferentele intre physis (natura) si nomos (conventie). "Voi toti care sunteti prezenti - seria Platon - va consider pe toti ca fiind parinti, apropiati, cetateni dupa natura, daca nu chiar dupa lege (Physis nomos). Dupa natura, semenul este parintele semenului, dar legea tirana a oamenilor opune naturii contrastul sau.

Generalizarea gandirii din Grecia antica s-a materializat de fapt in lucrarile lui Aristotel, "Etica" fi "Politica. Astfel, in Politica, acesta justificand sclavia, combatea pe cei care considerau "ca este contra naturii a stapani sclavi, caci numai prin lege devine cineva sclav ori liber". El aprecia ca: "...prin natura nu se deosebesc intru nimic ca oranduirea aceasta asadar, nu se intemeiaza pe dreptate, ci pe vicleicie". Ideile sale mergeau mai departe, sustinand ca "natura ar nazui sa creeze deosebite corpurile celor liberi de ale sclavilor, primii fiind predestinati actiunii politice, iar cei din urma muncii " Am putea spune ca ganditorii din Grecia antica au fost, intr-un anumit mod, pionierii teoriei dreptului natural de mai tarziu.

In Roma antica, filosofii si-au pus si ei, deseori asemenea intrebari, 'gasind raspunsuri care intr-o oarecare masura reflectau acelasi continut de idei si concepii. Amintim aici lucrarile lui Cicero (106-43 i.e.n.) "Despre Republica", "Despre regi", "Despre obligatii", pe cele ale lui Titus Lucretius (99-55 i.e.n.) "Despre natura lucrurilor, precum si pe cele ale lui Seneca, toate marcate puternic de ideea dreptului uman.

Concluzia care se desprinde din ideile umaniste ale inteleptilor din antichitatea greaca, ebraica etc. este aceea ca ele se refereau, cu precadere, la egalitatea si libertatea oamenilor liberi, nu si a sclavilor.

Filosofii antichi din Egipt, Babilon, India si China au dat de asemenea, diferite explicatii cu privire la fiinta umana. La locul si rolul ei in societate, fapt ce demonstreaza ca problematica legata de om era prezentata in sistemele de drept respective, facandu-se referire, in special, la puterile regilor, ale imparatilor, la regulile pentru supusi etc. Urmand dezvoltarea istorica a societatii omenesti, in Evul Mediu, filosofii crestini au incercat sa dezvolte ideile de promovare egala a conditiei umane, pornind de la Decalog (cele 10 porunci) si enuntand pe aceasta baza anumite drepturi fundamentale.

Biserica crestina a stabilit chiar o ierarhie a diverselor surse de drept in materie. Aceasta ierarhie, dupa Sf. Toma d'Aquino (1225-1274), acorda pozitia dominanta dreptului divin, pe cea secunda dreptului natural, iar in al treilea rand se situa dreptul pozitiv, adica normele uzuale ale relatiilor din societate¹³. El sustinea, ca individul este in centrul unei ordini sociale si juridice juste, insa legea divina are preeminenta absoluta asupra Dreptului laic, asa cum este definit de imparat, rege sau print.

Dincolo de aceste rigori ale scolasticii asupra conditiei umane, manifestarile de libertate nu au putut fi stavilite, chiar daca adesea, cei care le propovaduiau erau considerati in tagma ereticilor si, nu de putine ori, condamnati de inchizitie la moarte, gandirea lor libera fiind considerata o crima.

În secolele următoare, în special secolele XV și XVI, marcate de epoca Renasterii, se produc serioase mutații. Astfel, au apărut o serie de miscări, precum cea husită din Cehia, prin care se proclama libertatea conștiinței și se cerea socializarea proprietăților.

CONCEPTUL DREPTULUI NATURAL

În secolele XVII și XVIII, rationaliștii vor pune, în mod progresiv, bazele științifice ale doctrinei drepturilor individuale ale omului, fundamentând teoria dreptului natural definindu-l ca etern, însă nesupus unei ordine divine. "Dreptul natural - afirma Hugo Grotius - este într-o asemenea măsură imuabil, încât nici Dumnezeu mi-l poate schimba".

Istoricii greci (Poseidon, Seneca, Marc Aureliu, Epictet) au fost primii care au elaborat noțiunea unui drept natural, conform căreia legile stabilite de om sunt replici imperfecte ale unui Drept etern și imuabil aplicabil Cosmosului și ansamblului, iar legea laică nu are valoare decât dacă corespunde legii universale. Individul se considera ca ființă umană, egală cu ceilalți într-o fraternitate umană universală.

Din ideile rationaliste se va dezvolta ulterior teoria contractului social, care se fondează pe principiul presupus irefutabil, ca orice contract social trebuie să fie respectat. Raporturile între puterea de stat și indivizii care se afla sub jurisdicția sa sunt considerate ca fiind fondate pe un contract social, pe care nici una din părți nu l-ar putea modifica, fără consimțământul celeilalte părți.

Cel care a avut un rol determinant în evoluția acestei școli de gândire a fost filosoful german Johannes Althusius (în anul 1600), însă nu se va putea vorbi niciodată de o adevărată și completă istorie a drepturilor omului fără a se sublinia contribuția majoră adusă de Jean Jacques Rousseau, care în lucrarea "Contractul social" apărută în 1762 susținea "ca omul este născut liber, dar pretutindeni este în lanțuri". Pentru apărarea persoanei și a omului el preconiza contractul social prin care omul pierde libertatea sa naturală și dreptul nelimitat de a-și însuși tot ceea ce îl tentează, castigând în schimb libertatea civilă și proprietatea a ceea ce posedă".

Un moment deosebit de important îl constituie apariția lucrărilor lui Thomas Hobbes "Apararea puterii și regelui", "Despre cetățeni", "Dumnezeu nemuritor", care afirma că, în esență, oamenii sunt egali în ceea ce privește facultățile fizice și spirituale și această egalitate trebuie să fie recunoscută, el preferând astfel cele două principale teorii ale dreptului omului din epocă și anume; teoria dreptului natural și cea a contractului social.

Un alt adept de seamă al teoriei dreptului natural și contractului social a fost John Locke care în lucrările sale "Primul tratat despre Guvern" și "Al doilea tratat despre Guvern" își exprimă poziția față de drepturile naturale ale omului, făcând referire la viața socială, încercând să dea o explicație raportului cetățean-societate.

Adept al dreptului natural, Montesquieu are meritul de a fi contribuit direct la pregătirea ideologică a Revoluției franceze din 1789. El este primul filosof care a afirmat, în lucrarea "Despre spiritul legilor", că lumea este supusă unor legi obiective, în înțelesul cel mai larg - așa cum susține el - ele sunt raporturile necesare care derivă din, natura lucrurilor, și în acest sens, tot ceea ce există are legile sale.

În gândirea sa despre om, el definește libertatea unui individ ca fiind "un drept de a face tot ceea ce îngăduie legile", iar, mai departe argumentează că, dacă un cetățean ar face ce legile îi interzic "el nu ar avea libertatea pentru că și ceilalți ar putea să facă la fel". Această filozofie are un caracter realmente progresist, deoarece, referindu-se la componente esențiale ale societății moderne, afirma: "după cum oamenii au renunțat la

independenta lor naturala pentru a trai sub ascultarea legilor politice, ei au renuntat si la comunitatea naturala a bunurilor pentru a trai sub ascultarea legilor civile ", sustinand in concluzie ca primele legi reprezinta libertatea, iar cele din urma proprietatea. Daca am face o sinteza a ideilor referitoare la drepturile individului din epoca Renasterii, precum si din secolul al XVIII-lea, am putea spune ca, potrivit acestora fiintei umane i-ar reveni doua categorii de drepturi, prima derivand din dreptul natural, cealalta din contractul social incheiat, corespunzator celor doua ipostaze in care se afla: de om si cetatean.

Teoria dreptului natural enunta cum trebuie organizate relatiile umane, asa incat aceasta organizare sa decurga in mod rational din natura omului (conciliaza dreptul sau natural cu respectul, cu libertatea individuala etc., cu necesitatea - naturala si cea - a vietii sociale).

ACTE SI DECLARATII PRIVIND DREPTURILE OMULUI

Printre primele documente oficiale in legiferarea drepturilor omului pot fi citate "Magna Charta Libertatum", "The Petitions of Rights" "Habeas Corpus Act", "Bill of Rights" si "Declaratia drepturilor omului si cetateanului".

Evenimentul care a fundamentat bazele teoriilor de mai departe asupra protectiei omului avea sa se petreaca in Evul Mediu odata cu aparitia unui document remarcabil "Magna Charta Libertatum" (19 iunie 1215), pe care au obtinut-o baronii si episcopii englezi revoltati impotriva regelui Ioan fara de Tara. Cele 63 de articole consacrau de fapt, drepturile feudale, libertatile Bisericii si ale oraselor impotriva abuzurilor regelui. Acest document a avut o dubla semnificatie:

a) el avea forma unui contract intre partida regelui si cea a baronilor, contribuind astfel la teoria contractului social;

b) continea anumite norme²³ care, cateva secole mai tarziu, au inspirat documente ca "The Petition of Rights" (7 iunie 1628), adresata regelui de catre parlament²⁴, si "Habeas Corpus Act", lege impusa de parlamentul englez la 26 mai 1679, considerata ca a doua constitutie a Angliei, dupa "Magna Charta".

Habeas Corpus Act, (in traducere expresia Habeas corpus ad subjiciendum " ar insemna "ca tu dispui de corpul tau pentru a te prezenta in fata judecatorului") votata in timpul lui Charles II, interzicea orice arestare arbitrara, impunand obligatia ca persoana arestata sa fie prezentata in curs de trei zile in fata unui judecator, in acest fel fiind asigurata independenta fata de executiv. Habeas Corpus este citata intotdeauna ca piatra unghiulara de buna sanatate a unei tari in planul respectarii libertatilor publice.

Ideile lui John Locke au fost transpuse in Anglia, pe plan juridic, in "Petitia drepturilor (An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown)" (1628) si Bill-ul drepturilor (1689), prin care se sustinea, in principal, suprematia parlamentului, dreptul la alegeri libere, libertatea cuvintului, dreptul la eliberarea pe cautiune, interzicerea pedepselor cu cruzime, obligatia de a se comunica imediat unui detinut motivele arestarii, dreptul de a fi judecat de un tribunal cu juriu s.a.

Prima consacrare a drepturilor omului intr-un document oficial a aparut peste ocean, in America, in focul razboiului de independenta, dus de coloniile engleze impotriva Coroanei.

Astfel, in mai 1776, in statul Virginia, a fost adoptata "Virginia Bill of Rights" (Declaratia drepturilor statului Virginia) in care se afirma; "toti oamenii sunt de la natura in mod egal liberi si independenti si au anumite drepturi inerente naturii lor, adica dreptul la

viata si libertate, precum si mijlocul de a dobandi si conserva proprietatea si de a urmari sa obtina fericire si siguranta".

In acelasi an, la 4 iulie, la Philadelphia, se adopta "'Declaratia de independenta" a Statelor Unite ale Americii care, in cel de-al doilea alineat prevedea: "toti oamenii se nasc egali, cu anumite drepturi inalienabile, printre care viata, libertatea si dreptul la cautarea fericirii". De asemenea, se sublinia faptul ca acestea nu au un caracter declarativ, ci ca in statele uniunii s-au constituit guverne a caror autoritate emana de la consimtamantul celor guvernati, iar daca forma de guvernare devine distructiva, poporul are dreptul s-o schimbe sau s-o inlature. Aceste guverne au datoria sa asigure drepturile mentionate si tot aici erau consemnate lucruri deosebit de importante privind independenta judecatoreasca, subordonarea militarilor puterii civile, libertatea comertului, dreptul de a fi judecat de un tribunal cu jurati.

Aceasta declaratie nu a fost inclusa in Constitutia americana, care a fost adoptata in 1787, ci a fost adaugata, ca amendament la aceasta, in anul 1789.

Documentul juridic cel mai important si care a reusit sa releve intr-o forma moderna problema drepturilor si libertatilor omului, a fost adoptat la 26 august 1789, in perioada Revolutiei franceze, prin "Declaratia drepturilor omului si cetateanului". Titulatura acestei declaratii a fost elaborata de prima comisie special desemnata de Adunarea constituenta a Revolutiei franceze si reflecta in mod clar viziunea dualista conturata in randul ideologilor iluministi, inspirata din teoria dreptului natural (drepturile omului) si din teoria contractului social (in drepturile cetateanului). Caracterul progresist al acestui important document rezulta, de fapt, din toate articolele sale, care, in esenta, contin prevederi privind: egalitatea in fata legii a tuturor persoanelor, siguranta si rezistenta la opresiune, dreptul de a participa direct sau prin reprezentanti la elaborarea legilor ca expresie a vointei generale; garantii cu privire la retinere, arestare si acuzare; prezumtia de nevinovatie; libertatea cuvintului si a presei. Declaratia, in articolul 17, proclama proprietatea ca fiind un drept sacru si inviolabil. O subliniere importanta este si aceea ca libertatea consta in "a putea face tot ceea ce nu dauneaza semenului "(art. IV).

Revolutia franceza de la 1789, dar mai ales ideile inscise in declaratia si in Constitutia adoptata, privitoare la ocrotirea omului, au avut o influenta pozitiva asupra multor popoare din Europa deoarece nici restauratia, nici guvernele conservatoare care au urmat nu au putut elimina ideile care au stat la baza acesteia, ele fiind incorporate in legislatiile statelor respective. Declaratia din 1789 va fi mai tarziu adaptata in Constitutia belgiana din 1831 si aplicata sub aceasta forma in Spania, Portugalia, Grecia, Italia, Romania, Serbia si Bulgaria.

ETAPA MODERNA A DREPTUMLOR OMULUI

Doar dupa al doilea razboi mondial a fost posibil sa se acorde o noua dimensiune reglementarilor de protejare ale drepturilor omului. Grozaviile acestui razboi n-au lasat, probabil, nici o fiinta umana indiferenta. Atunci, comunitatea internationala a declarat ca doar justitia si-ar putea spune cuvantul in privinta actelor savarsite in timpul acestui razboi inuman. Tribunalul de la Nurmberg a fost o prima etapa cruciala, care a emis un verdict fara echivoc atrocitatilor. El a plasat drepturile omului la un nivel mai inalt si a stabilit un precedent ireversibil anuland toate scuzele superficiale cu privire la un comportament abominabil.

Vorbind despre drepturile omului, consideram ca principalul tratat care nu are un continut specific, dar care a generat o multitudine de masuri pe plan international in aceasta materie, il constituie Carta O.N.U. care ocupa in dreptul international un loc deosebit si fara de care, practic, nu se poate concepe istoria si evolutia dreptului international. Carta prevede mentinerea pacii si securitatii internationale, dezvoltarea relatiilor de prietenie intre natiuni si realizarea cooperarii internationale in solutionarea problemelor internationale cu caracter economic, social, cultural sau umanitar, in promovarea si incurajarea respectarii drepturilor omului si libertatilor fundamentale pentru toti, fara deosebire de rasa, sex, limba, sau religie. Declaratia Universala a Drepturilor Omului adoptata de catre Adunarea Generala a O.N.U. la 10 decembrie 1948 reprezinta un text de compromis intre ideile liberale si teoriile socialiste si care merge mai departe decat documentele existente anterior la acest capitol. Acest document dezvolta cu adevarat dimensiunea universala a drepturilor omului, dimensiune sustinuta si propagata de juristul francez Rene CASSIN, care a exclus alte calificari posibile, inclusiv cea de "internationala". Lista drepturilor si libertatilor cuprinse in Declaratie reprezinta un standard comun pentru toate popoarele. De la adoptarea Declaratiei Universale, in 1948, in cadrul ONU au fost adoptate un sir intreg de documente internationale referitoare la drepturile omului, care se refera la genocid, discriminare rasiala, apartheid, refugianti, apatrizi, drepturile femeii, sclavie, casatorie, copii, tineri, straini, tortura si tratament degradant etc.

In 1966 au fost adoptate doua pacte asupra drepturilor omului: Pactul international al drepturilor economice, sociale si culturale, si Pactul International al drepturilor civile si politice.

Conform articolului 62 al Cartei O.N.U., Consiliul economic si social (ECOSOC) poate sa faca recomandari in scopul promovarii respectarii drepturilor omului si libertatilor fundamentale, precum poate sa infiinteze si comisii in domeniile economic si social pentru protectia drepturilor omului (art.68).

Un organism important asupra protejarii drepturilor omului, cu un mandat specific, este Inaltul Comisariat al Natiunilor Unite pentru Refugianti, infiintat la 1 ianuarie 1951, pentru a ajuta milioanele de refugianti si persoane deplasate din Europa. in prezent ICNUR se ingrijeste de soarta a circa 14 milioane refugianti raspanditi in intreaga lume.

Comitetul drepturilor omului al ONU fost creat dupa intrarea in vigoare, la 23 martie 1976, a Pactului international al drepturilor civile si politice.

Un alt organ ce are in atentie sa respecte drepturile fundamentale este Inaltul Comisariat al Natiunilor Unite pentru Drepturile Omului.

Pot fi mentionate si alte organe care se ocupa la niveluri diferite de chestiuni ce tin de drepturile omului - Consiliul de Securitate, Consiliul de Tutela, Comisia de Drept International, Curtea Internationala de Justitie. In cazuri speciale sunt create Curti de Justitie speciale; Curtea Penala internationala pentru fosta Iugoslavia, pentru Ruanda.

La nivel regional, odata cu intrarea in vigoare a Conventiei Europene a drepturilor Omului la 3 septembrie 1953 a fost creat unul din cele mai remarcabile mecanisme in cadrul Consiliului Europei, care implica raspunderea reala a statului fata de persoana, careia i-a fost violat un drept sau altul. La acest document important au aderat toate statele membre ale Consiliului Europei.

Pentru respectarea in ansamblu a drepturilor, in ultimul timp s-a inceput o campanie de subscriere la un alt instrument al Consiliului Europei - Carta sociala europeana, care are ca obiect drepturile economice si sociale.

Avand in vedere influenta tot mai mare a Uniunii Europene asupra sortii Continentului European, in ultimul Tratat de la Amsterdam s-au introdus noi prevederi referitoare la: drepturile fundamentale, drepturile consumatorilor si protectia cetatenilor si dreptul la informare.

Odata cu intensificarea proceselor de democratizare in tarile Europei de Est si Centrale, multe evenimente au fost studiate sub un alt unghi, facandu-se o alta analiza, mai minutioasa, lansandu-se o adevarata campanie mondiala de informare asupra drepturilor si libertatilor fundamentale ale omului. Prin vointa proprie sau determinate de situatii conjuncturale, guvernele devin tot mai mult preocupate de activizarea si dezvoltarea unei culturi a drepturilor omului in sistemul educational oficial. În etapa contemporana de promovare si propagare a drepturilor fundamentale, un rol aparte il au caile de comunicare in masa: mijloacele tehnice de transmitere si receptionare a informatiei, difuzarea informatiei prin presa, televiziune, radiodifuziune, carti, iar in ultimul timp un rol tot mai important il au Internetul si CD-ROMurile. In scopul minimalizarii lezarii drepturilor omului, in cadrul mai multor organizatii internationale guvernamentale si ne-guvernamentale se depun eforturi considerabile prin elaborarea instrumentelor cat mai eficiente in scopul respectarii drepturilor si libertatilor fundamentale, se efectueaza monitorizarea privind respectarea acestor drepturi de catre state. Sunt create un sir de miscari voluntare si, ceea ce este destul de important, sunt create mecanisme interstatiale privind protectia drepturilor si libertatilor fundamentale.

EVOLUTIA REGLEMENTARILOR PRIVIND PROTECTIA OMULUI IN DREPTUL NATIONAL

În dreptul national evolutiile s-au produs potrivit etapei istorice parcurse. Momente importante au fost incluse in "Pravila de la Targoviste" (1542), "Pravila de la Putna" (1581), cea de la manastirea Bistrita (1618), cea de la Galati, de la inceputul secolului XVII-lea si altele, care se refera la conditia juridica a persoanelor, la organizarea familiei - logodna, casatorie, divort - si chiar la unele prevederi prin care se apara omul, onoarea si demnitatea sa.

In anul 1646, la tipografia manastirii "Trei Ierarhi", a fost tiparita "Cartea romaneasca de invatatura" de catre logofatul Eustratie din porunca lui Vasile Lupu, care este considerata prima codificare legislativa cu caracter laic a dreptului nostru, iar in anul 1652 s-a tiparit la Targoviste "indreptarea legii", cunoscuta si sub denumirea de "Pravila cea mare". Dispozitiile celor doua codificari se aseamana, in general, prin ele aparandu-se dreptul de proprietate si relatiile feudale, iar din punctul de vedere al drepturilor omului este relevant faptul ca se interzice stapanilor uciderea robilor de pe mosii³¹. Prin "Asezamantul" din 1743, domnitorul Tarii Moldovei, Constantin Mavrocordat, atins sa asigure inviolabilitatea domiciliului locuitorilor de la orase si sate. "Pe la targuri si la tara pe nicaieri, casa nimanui cu sila, fara de voia omului si fara de tocmeala de chirie si plata deplina nimene sa nu o gazduiasca".

Acelasi domnitor, prin "Actul pentru dezrobirea vecinilor in Moldova" din 1749, abroga iobagia in Principat. In scopul garantarii explicit ca, in cazurile cand se vor vinde

mosiile boieresti, "oamenii sa nu se vanza, ci ca niste sateni a satelor in sat sa ramaie, facand slujba obicinuita"...

In anul 1773, la Iasi, "Nakazul" in limba romana, prin art.34, familiariza carturarii romani cu conceptul lui Ch. Montesquieu despre egalitatea in fata legii 35. "L'egalite de tous les citoyens consiste en ce qu'ils soient tous soumis aux memes Lois"36.

In 1769 era propus un proiect de reformare a oranduirii de stat a principatului Moldova in care cerintele principiului dreptatii erau recomandate de autorii proiectului drept fundament si pentru activitatea demnitarilor din organele judiciare37. Se stipula ca, atat in capitala Moldovei, orasul Iasi, cat si in tinuturile Principatului "toate judecatile sa se hotarasca dupa dreptate pe pravili". Pornind de la faptul ca in trecut o parte a proceselor judiciare au fost solutionate prin incalcarea prevederilor principiului dreptatii, memorandumul propunea ca cele pe nedrept rezolvate "sa se judece a doua oara"...

Influenta statelor din Europa de vest se facea tot mai simtita la sfarsitul secolului al XVIII-lea - inceputul secolului al XIX-lea. Declaratia drepturilor omului si cetateanului, adoptata de catre Adunarea Constituenta a Frantei la , 26 august 1789, in care se proclama libertatea, egalitatea in drepturi, proprietatea individuala, rezistenta in fata asupririi devenisera cunoscute in "Moldova deja spre sfarsitul lunii septembrie 1789.

Principiul de egalitate este tratat si in actul boierilor moldoveni catre Poarta Otomana din decembrie 1802. Articolul 1 al documentului pleda in mod explicit, pentru ca reprezentantilor diverselor paturi sociale sa le fie asigurat un statut juridic identic. "Pentru dreptatile starilor, sa fie fara de nici o osabire de la obraz la obraz pazite in fieste cari stare si fiindca cinstea, viata si averea sunt celi intai si mai obstesti, vor fi paziti toti deopotriva, fara de nici o deosebiri".

Pana la 1812, ideile principiilor dreptatii si egalitatii si-au gasit cea mai ampla reflectare in opera de codificare particulara a pravilistului Andronache Donici. El expunea notiunea principiului dreptatii: "Dreptatea iaste carea fieste caruia da ce i se cuvine a lua, intocmai dupa cum hotarasc canoanele pravililor" (titlul I,&2), iar intr-un paragraf aparte, Donici reda regulile comportarii in societate, prevazute de principiul dreptatii: "Fiinta dreptatii iaste ca viata omului sa fie cinstita, pre nimenea sa nu vatame si lucrul strein sa-1 dea a cui iaste". Desi codicele lui Donici a fost publicat abia in 1814, noi analizam aportul acestui ganditor la aprofundarea ideilor principiilor dreptatii, libertatii si egalitatii, reiesind din faptul ca prima varianta a operei pravilistului, sub forma de manuscrise, se aplica in instantele judiciare din tinuturile Moldovei deja catre 21 iunie 1805.

Un pas important in domeniul protectiei omului in tara noastra l-a constituit aparitia "Codului lui Calimach", cunoscut sub denumirea de "Codica tivila a Moldovei", care, initial, a fost tiparita in limba greaca si a intrat in vigoare in anul 1817, iar in limba romana a aparut in anul 1833. Printre ideile noi pe care le continea aceasta, era condamnarea robiei considerata "impotriva firescului drit al omului".

Dupa unirea Principatelor. au fost elaborate, intr-o conceptie noua, umanista Codul Civil din 1864, care a intrat in vigoare la 1 decembrie 1865; Codul penal (1 mai 1865), Codul de procedura penala (30 aprilie 1865). Important este ca in aceste coduri, care au deschis o noua era in istoria dreptului, existau prevederi ce sunt valabile si astazi, asa cum sunt principiul legalitatii pedepsei, al abolirii pedepsei inumane, dreptul la aparare, egalitatea in fata legii si multe asemenea drepturi care se inscriu perfect in ceea ce priveste apararea omului.

Momentul anexarii Basarabiei de catre rusi in anul 1812 nu a afectat in mod radical aplicarea reglementarilor juridice existente. Majoritatea izvoarelor vechi de drept nu au fost abrogate de guvernul rus niciodata si au avut putere de lege in Basarabia pana in anul 1928, cand s-a infaptuit unificarea legislativa a Basarabiei cu Vechiul Regat.

Pentru a percepe spiritul existent al legiuitorilor din primele decenii ale veacului este deosebit de interesant a studia un proiect al Constitutiei Basarabiei, elaborat de Comisia Constitutionala a Sfatului Tarii, dupa votarea de catre acesta a Unirii Basarabiei cu Romania, la 27 martie 1918. Acest proiect demonstreaza clar tendintele de aderare a legiuitorilor basarabeni la crearea unui regim democratic cu introducerea unor norme moderne de protejare si respectare a drepturilor si libertatilor fundamentale. Proiectul Constitutiei prevedea un sir intreg de drepturi si libertati. Se prevedea ca cetatenii Basarabiei se bucura de drepturi politice, li se asigura egalitatea in fata legii si li se garanta libertatea personala. Nimeni nu putea fi privat de drepturi si supus pedepsei altfel decat in virtutea legii. Locuinta si secretul corespondentei erau inviolabile. Impozitele nu puteau fi percepute inainte de votarea lor pe cale legislativa. Pedepsa cu moartea si pedepsele corporale se abrogau pentru totdeauna. In acelasi context se asigura libertatea confesiunii si a constiintei, libertatea opiniei, libertatea de intrunire si asociere.

Un urmator pas important in apararea drepturilor omului 1-a constituit si aparitia Constitutiei de la 29 martie 1923, care a consacrat o serie, de libertati atat pe plan cetatenesc, dar in mod deosebit in ceea ce priveste apararea fiintei umane.

Participarea activa a miscarilor de femei la dezbaterile proiectului de Constitutie a avut ca urmare introducerea unor prevederi conform carora "drepturile civile ale femeilor vor fi stabilite in deplina egalitate de sex⁴⁶, iar "prin legi speciale, adoptate cu majoritate de doua treimi se vor determina conditiile de baza pentru exercitarea drepturilor politice".

Incalcari masive si flagrante ale drepturilor omului se inregistreaza in tara inainte de al doilea razboi mondial, cand Uniunea Sovietica incheie cu Germania hitlerista un tratat de impartire teritoriala, asa-numitul Pact Molotov- Ribbentropp, in urma caruia Uniunea Sovietica a ocupat la 26-28 iunie 1940 Basarabia si Bucovina de Nord. In acelasi an au fost ocupate si tarile baltice: Lituania, Letonia si Estonia. Desi nu s-a opus rezistenta armata in momentul ocuparii de catre U.R.S.S. a acestor teritorii, in timpul operatiilor militare ale Armatei Rosii au fost impuscati fara nici un motiv mii de adulti si copii care incercau sa se refugieze, pentru ca mai tarziu sovieticii sa execute si sa deporteze alte sute si mii de locuitori pe care ii considerau periculosi pentru procesul de instaurare a regimului comunist.

Metode de deznationalizare in masa contra bastinasilor au fost aplicate si mai tarziu intre 1944-1951, cand, pe teritoriul asa-numitei Republici Sovietice Socialiste Moldovenesti (creatie a aparatului stalinist), au fost operate alte deportari. Atunci, fara judecata, sute si mii de moldoveni au fost dusi in Siberia, Kazahstan, pentru ca in locul lor sa fie adusi alolingvi.

Politica de sovietizare incredintata N.K.V.D.-ului se facea prin aplicarea metodelor de lichidare a "elementelor dusmanoase" si a intensificarii ritmului colectivizarii gospodariilor taranesti, exilarile in masa urmareau si scopul de a-i dezradacina pe romanii basarabeni de locurile natale si de a schimba componenta etnica a Basarabiei in favoarea elementului strain. In perioada 1940-1951, in R.S.S.M. s-au efectuat 3 deportari pe scara larga si zeci de arestari si deportari locale. in 1941 au fost deportate 3470 familii ale elementelor anti-sovietice" - 22648 de oameni. in baza hotararii Consiliului de Ministri al U.R-S.S. nr.1290-

467 s.s. "Cu privire la deportarea din R.S.M.M. a familiilor de chiaburi, a fostilor mosieri, negustori si complici ai ocupantilor" au fost deportate 11293 de familii - in jur de 40 000 de oameni. In 1951, in urma operatiei "Nord" au fost fortate sa plece in alte locuri 723 familii - peste 2600 de oameni. La inceputul anilor 50 in asezamintele de tip special ale inchisorii popoarelor" se aflau mai mult de 60 mii de oameni din Moldova.

Perioada de dupa cel de al doilea razboi mondial si pana la inceputul anilor 90 se caracterizeaza printr-un regim sovietic totalitar in care au existat prea putine practici politice si democratice in domeniile vietii sociale si, de fapt, au lipsit reglementarile juridice in sensibila problematica a drepturilor omului. Acestui sistem ii este foarte bine cunoscuta practica de violare a dreptului la limba (a fost elaborata o noua limba "moldoveneasca" cu caracter chirilic, iar limba rusa a fost impusa ca limba oficiala), dreptului la un proces echitabil si independent, dreptului la proprietate, dreptului la opinie, libertatii de constiinta si confesiune, libertatii de intrunire si asociere etc.

Totusi, Constitutia RSSM prevedea un sir de drepturi si libertati dar ele nu puteau fi exercitate din cauza, in primul rand a doua motive serioase:

a) Constitutia era un document declarativ si nu era aplicat de instantele judecatoresti;

b) toate drepturile si libertatile declarate puteau fi exercitate doar in concordanta cu politica Partidului Comunist al Uniunii Sovietice, care era, conform articolului 6, forta conducatoare a societatii sovietice, nucleul sistemului ei politic, al organizatiilor de stat si obstesti si care determina perspectiva generala a dezvoltarii societatii, linia de politica interna si externa a URSS, cu un caracter planic, stiintific fundamentat in vederea luptei pentru victoria comunismului.

Din acest motiv, chiar de la proclamarea independentei Republicii Moldova, ca rezultat al prabusirii imperiului sovietic, s-au ivit premisele necesare pentru transformarea societatii noastre intr-o societate democratica, organizata pe principiile pluripartitismului, iar prin aderarea la un sir important de tratate internationale din domeniul Drepturilor Omului a fost pus fundamentul unui nou sistem juridic si social-politic, care in urmtorii ani s-a dezvoltat impresionant.

Atat statul, cat si societatea trebuie sa intreprinda masuri necesare in scopul reglementarii cat mai eficiente a egalitatii in drepturi, trebuie sa gaseasca acele instrumente, care ar sigura drepturile individuale, excluzand marginalizarea si omiterea lor din viata sociala.

Odata cu integrarea Republicii Moldova in cadrul Consiliului Europei si cu ratificarea Conventiei Europene a Drepturilor Omului si a protocoalelor aditionale, tara noastra s-a vazut dotata cu cel mai eficace mecanism supranational de protejare a drepturilor fundamentale.

Doar prin asigurarea reala, echitabila si durabila a respectarii drepturilor si libertatilor fundamentale poate fi creat un sistem constitutional trainic. Actualmente in Republica Moldova se contureaza dar tendinta de a crea anume acele mecanisme si parghii de implementare a unui sistem national de promovare si respectare a drepturilor omului care se bazeaza in special pe instrumentele juridice internationale.

BIBLIOGRAFIE

T. Campanella – "Cetatea Soarelui"

E. M.Cioran – "Istorie si Utopie"

F. Engels – “Dialectica naturii”
N. Facon – “Prefata la Principele”
Ghe. Lencan Stoica – “Nicolo Machiavelli”
K. Marx si F. Engels – “Despre arta si literatura”
T. More – “Utopia”
N. Machiavelli – “Il Principe”
P.P. Negulescu – “Filosofia renasterii”
B. Rusell – “Hystory of Western Philosophy”

CÂTEVA CONSIDERAȚII PRIVIND GRUPUL DE INTERES ECONOMIC - O NOUĂ PERSOANĂ JURIDICĂ ROMÂNĂ

Lector Univ. Drd. DIANA ANCA ARTENE
Facultatea de Drept si Administrație publică, Universitatea „Spiru Haret”

The group of economic interest, not an old civil institution in the Romanian law, not old in the European law either, hasn't developed yet a wide range of precedents; it will take some time before the interested parties, both the theoreticians and the business environment understand the quintessence and the utility of this new legal institution.

The emergence of the group of economic interest represents the recognition of the effort of transnational cooperation in the domain of business law and implicitly of civil law.

Starting from the European institution (The European Group of Economic Interest – GEIE), inspired by the French law, it ended up in creating a new Romanian civilian legal entity with certain future economic influence, in the context of the harmonisation of the Romanian laws with the European laws.

Key words: *The group of economic interest; Romanian legal entity; Community legislative harmonisation*

Grupul de Interes Economic este o persoana juridică civilă înființată recent în România¹.

Această instituție a fost consacrată pentru prima dată în Franța în 1967, scopul acesteia fiind acela de a facilita dezvoltarea și promovarea anumitor interese economice a două sau mai multor persoane fie ele fizice sau juridice.

În Uniunea europeană această nouă instituție, denumită Grupul de European de interes economic (GEIE) a fost legiferată, după îndelungi negocieri, prin regulamentul nr. 2137/1985 al Consiliului de Miniștri al Comunității Europene din 25 iulie 1985².

Uniunea Europeană a urmărit, prin adoptarea acestei instituții, furnizarea către întreprinderi a unui instrument de cooperare transfrontalieră în interiorul Comunității Europene.

Începând cu anul 2003, odată cu adoptarea de către Parlamentul României a Legii 161/2003, privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, Grupurile europene de interes economic sunt recunoscute ca persoane juridice și în România..

Grupul de interes economic - G.I.E. reprezintă, conform definiției legale, o asocierie între două sau mai multe persoane fizice sau juridice, constituită pe o perioadă determinată, în scopul înlesnirii sau dezvoltării activității economice a membrilor săi, precum și al îmbunătățirii rezultatelor activității respective.

¹ Prin Legea 161/2003, titlul V privind unele masuri pentru asigurarea transparenței in exercitarea demnitatilor publice, a functiilor publice si in mediul de afaceri, , publicat în M.Of. nr. 279 din 21 aprilie 2003

² JOCE – L 199 din 31 iulie 1985.

Grupul de interes economic este persoană juridică cu scop patrimonial, care poate avea fie calitatea de comerciant sau în egală măsură de necomerciant.

Aceasta are un caracter auxiliar activității economice a membrilor, nesubstituindu-se acesteia, gruparea nu poate să profeseze ea însăși, în relația cu terții.

Grupul nu poate exercita, în mod direct sau indirect, o activitate de administrare ori de supraveghere a activității membrilor săi sau a unei alte persoane juridice, în special în domeniile personalului, finanțelor și investițiilor.

De asemeni conform art.118 (5) litera a grupul de interes nu va deține acțiuni, părți sociale sau de interes, în mod direct sau indirect, la una dintre societățile comerciale membre. Deținerea de acțiuni, părți sociale sau de interes în altă societate comercială este permisă doar în măsura în care aceasta este necesară pentru îndeplinirea obiectivelor grupului și dacă se face în numele membrilor.

Numărul membrilor unui grup de interes economic nu poate fi mai mare de 20, iar aceștia nu pot să fie concomitent membrii și în alt Grup de Interes Economic sau într-un grup European de interes economic.

Putem spune că GIE reprezintă o formă intermediară între ideea de asociație și cea de societate comercială. Scopul urmărit prin înființarea unui grup de interes economic este acela al înlesnirii, dezvoltării și îmbunătățirii rezultatelor activității economice a membrilor săi. Activitatea grupului de interes economic se raportează la activitatea economică a membrilor săi având un caracter accesoriu față de acesta.

Așa cum am mai subliniat, grupul de interes economic este o persoană juridică cu scop patrimonial având sau nu calitate de comerciant. Calitatea de comerciant a grupului de interes economic este legată de îndeplinirea de către acesta, în nume propriu, cu titlu principal și într-o manieră obișnuită, a tuturor faptelor de comerț necesare realizării scopului său.

Membrii grupului de interes economic răspund nelimitat pentru obligațiile grupului și solidar, în lipsa unei stipulații contrare cu terții co-contractanți.

În caz de litigiu, creditorii grupului se vor îndrepta mai întâi împotriva grupului de interes economic, pentru obligațiile lui și, numai dacă acesta nu le plătește se vor putea îndrepta împotriva membrilor grupului. Termenul în care trebuie acoperită dauna de către grup este de cel mult 15 zile de la data punerii în întârziere, în caz contra creditorul se poate întoarce împotriva membrilor acestuia.

Un membru nou al grupului poate fi exonerat de obligațiile acestuia, născute anterior aderării sale dacă prevederile actului constitutiv o permite. În acest sens se emite de către grup o hotărâre de exonerare care este opozabilă terților de la data menționării în registrul comerțului și a publicării în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a..

Grupul de interes economic dobândește personalitate juridică și implicit capacitate de folosință la data înmatriculării acesteia la registrul comerțului din raza teritorială unde își va avea sediul principal. Așadar din punct de vedere al modului de înființare ne aflăm în fața unei persoane juridice înființată prin act de înființare autorizat.

Acest mod de înființare presupune parcurgerea a două etape și anume: adoptarea actului de înființare și autorizarea acestuia, competență în acest caz fiind instanța judecătorească, mai precis judecătorul delegate de pe lângă oficiul registrului comerțului.

Actul constitutiv este semnat de toți membrii și este autentificat la notariat.

Persoanele semnate ale actului constitutiv devin membri fondatori. Aceștia nu pot fi persoane care au suferit condamnări în urma săvârșirii unor infracțiuni de gestiune

frauduloasă, abuz de încredere, înșelăciune, delapidarea, dare sau luare de mită precum și primire de foloase necuvenite, trafic de influență, fals și uz de fals, infracțiuni economice sau spălare de bani. De asemeni pentru a putea fi membru al unei Grup de interes economic trebuie respectate condițiile generale privind capacitatea de exercițiu a persoanei fizice, atât minorul cât și incapabilul neputând fi membri într-un astfel de grup.

Orice modificare adusă actului constitutiv, pe durata existenței grupului, se va face cu respectarea condițiilor prevăzute la constituire și cu publicarea mențiunii despre modificare prin intermediul registrului comerțului în Monitorul Oficial al României, Partea a IVa.

În termen de 15 zile de la data autentificării actului constitutiv, fondatorii sau administratorii grupului ori un împuternicit al acestora vor cere înmatricularea grupului în registrul comerțului în a cărui rază teritorială își va avea sediul grupul.

Sediul grupului va fi stabilit, prin actul constitutiv, fie la locul unde se află administrația centrală a grupului, fie la locul unde se află administrația centrală sau activitatea principală a unuia dintre membrii grupului, persoană juridică sau persoană fizică.

La sediul Grupului de Interes economic vor putea funcționa mai multe persoane juridice, dacă cel puțin una dintre ele este, în condițiile legii, asociat sau membru în fiecare dintre aceste persoane juridice.

În cazul în care judecătorul-delegat constată că cerințele legale sunt îndeplinite, , va autoriza, prin încheiere pronunțată în termen de 5 zile de la îndeplinirea acestor cerințe, constituirea grupului și va dispune înmatricularea lui în registrul comerțului, în condițiile prevăzute de Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, republicată, cu modificările ulterioare.

Dacă judecătorul delegat constată că actul constitutiv încalcă o dispoziție imperativă a legii sau nu este îndeplinită o cerință legală pentru constituirea grupului va respinge, prin încheiere motivată cererea de înmatriculare.

Membrii sau reprezentanții grupului pot înlătura neregularitățile găsite, caz în care judecătorul delegat va lua act în încheiere de regularizările efectuate.

În cazul în care fondatorii sau reprezentanții grupului nu au cerut înmatricularea sa în termenul legal, orice membru poate cere oficiului registrului comerțului efectuarea înmatriculării, după ce, prin notificare sau scrisoare recomandată, i-a pus în întârziere, iar aceștia nu s-au conformat în termen de cel mult 8 zile de la data notificării.

Grupul de interes economic dobândește personalitate juridică de la data înmatriculării sale în registrul comerțului. Înmatricularea se efectuează în termen de 24 de ore de la data pronunțării încheierii judecătorului-delegat prin care se autorizează înmatricularea grupului.

Dacă după data înmatriculării se constată unele neregularități, în termen de cel mult 8 zile de la constatarea lor, grupul va trebui să le înlătore.

Dacă grupul nu se conformează , orice persoană interesată poate cere instanței de judecată să oblige organele societății, sub sancțiunea plății de daune cominatorii, să le regularizeze. Acțiunea de regularizare se prescrie în termen de 6 luni de la data înmatriculării grupului de interes economic.

Scopul înființării unui Grup de Interes Economic nu vizează realizarea de beneficii proprii pentru acesta.

Grupul de Interes economic este creat pentru îmbunătățirea rezultatelor economice ale membrilor săi, și, chiar dacă totuși, acesta va putea obține, cu titlu accesoriu un beneficiu, condiția esențială este aceea că beneficiul va fi împărțit în mod obligatoriu membrilor săi.

Gruparea Europeană de Interes Economic este diferită, prin obiectivul pe care îl urmărește, de o societate comercială obișnuită. Astfel, scopul său este facilitarea sau dezvoltarea activităților economice ale membrilor săi pentru a le da posibilitatea să își perfecționeze rezultatele.

Așadar obiectivul urmărit prin crearea unui grup de interes economic este acela de a furniza întreprinderilor un instrument de cooperare transfrontalieră în interiorul Comunității Europene.

Odată cu extinderea Uniunii Europene, statele devenite membre, printre care și România, au preluat în legislația lor entitatea intitulată în dreptul comunitar Grup european de interes economic și au reglementat-o în propria legislație. Prin acesta s-a urmărit crearea, în cazul țării noastre, în dreptul românesc a unei instituții juridice care, să constituie legea cadru a grupurilor europene de interes economic cu sediul în România.

Legiferat în România prin legea 161 din 2003, grupul de interes economic nu s-a dezvoltat încă, fiind necesară trecerea unei anumite perioade de timp pentru ca mediul de afaceri să înțeleagă exact utilitatea acestui nou tip de persoană juridică.

BIBLIOGRAFIE SELECTIVĂ

Legea 161/2003, titlul V, privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, publicat în M.Of. nr. 279 din 21 aprilie 2003

Regulamentul nr. 2137/ 1985 al Consiliului de Miniștri al Comunității Europene din 25 iulie 1985

JOCE – L 199 din 31 iulie 1985

Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, republicată, cu modificările ulterioare.

www.europa.eu

SCOPUL PROCEDURII INSOLVENȚEI

Dr. LUMINIȚA TULEAȘCĂ
Universitatea Româno-Americană

Rezumat

Lucrarea analizează scopul procedurii insolvenței din perspectiva tuturor reglementărilor și tendințelor actuale și relevante în domeniu. Aceasta deoarece, înțelegerea scopului procedurii insolvenței acordă posibilitatea unei corecte și exigente abordări a fiecărui demers practic și teroretic legat de starea de insolvență în special într-o perioadă în care frecvența aplicării acestor proceduri este fără precedent.

I. Tendințe internaționale în abordarea scopului procedurii insolvenței

Tratamentul insolvenței și protecția drepturilor creditorilor astfel cum sunt reglementate de legislațiile naționale sunt în acord cu politicile generale internaționale promovate în aceasta materie.

În toate cazurile, insolvența se “tratează” printr-o procedură specială, diferențele esențiale fiind date de scopul urmarit de această procedură, de mijloacele utilizate pentru realizarea scopului, de caracteristicile principale ale procedurii.

Dorința de a uniformiza aceste diferențe de abordare a insolvenței, a determinat importante organisme internaționale să elaboreze principii directe care au rol de coordonare și orientare a legislațiilor naționale și europene.

“Principiile și directivele ce guvernează tratamentul insolvenței și protecția drepturilor creditorilor” elaborate în aprilie 2001 de Banca Mondială¹ au la baza cea mai avansată practică internațională existentă în materia concepțiilor privind tratamentul insolvenței².

În contextul menținerii diversității formulelor legislative privind tratamentul insolvenței, Principiile Băncii Mondiale indică coordonatele unui cadru juridic cu adevărat eficace, coordonate ce trebuie să reprezinte principalele obiective ale oricărei prevederi legale privind insolvența.

În principiile sale, Banca Mondială consideră că, fiecare țară adoptă metode diferite, dar, pentru a fi eficace, un regim al insolvenței trebuie să conțină următoarele scopuri:

- *maximizarea valorii activelor unei întreprinderi și acordarea posibilității reorganizării acesteia;*
- *găsirea unui echilibru între lichidarea și reorganizarea întreprinderilor;*
- *acordarea unui tratament echilibrat, echitabil, între creditorii de același rang și, în special, între creditorii naționali și cei străini;*
- *găsirea unei reglementări oportune, eficace și imparțiale a cazurilor de insolvență;*

¹ Textul integral al Principiilor Băncii Mondiale privind insolvența utilizat ca sursă în: www.worldbank.org/ifa/ipg_fr.pdf;

² A se vedea: Mahesh Uttamchandani, The World bank guidelines on insolvency law five years after, http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/support_measures/failure_bankruptcy/confere_nce/carriat_slides.pdf;

- *prevenirea unei premature desmembrări a patrimoniului debitorului de către creditorii particulari ai acestuia;*
- *adoptarea unei proceduri transparente care să încurajeze colectarea și difuzarea informațiilor;*
- *recunoașterea drepturilor creditorilor existenți și respectarea rangului de prioritate al creanțelor în baza unui proces previzibil și bine stabilit;*

Ghidul legislativ privind legea insolvenței -din 25 iulie 2004- a fost elaborat de Comisia Națiunilor Unite pentru dreptul comercial internațional (UNCITRAL)¹ în vederea promovării și încurajării adoptării unor regimuri naționale eficace în materia insolvenței și, în particular, al insolvenței societăților comerciale, care să permită rezolvarea dificultăților financiare ale debitorilor.

Titlul acestei lucrări ar putea să indice că, ar exista un singur model legislativ privind tratamentul insolvenței societăților comerciale.

În realitate, Ghidul ofera posibila bază pentru orice legislație privind insolvența, autoritățile naționale și organele legislative urmând să decidă între diferitele opțiuni posibile și să aleaga ceea ce este adecvat contextului național sau local².

În viziunea Ghidului legislativ al legii insolvenței UNCITRAL, susținut de Banca Mondială și Fondul Monetar Internațional, principalele obiective ale unei legi eficace și efective privind insolvența sunt³:

- *maximizarea valorii activelor debitorului;*
- *stabilirea unui echilibru între lichidare și reorganizare;*
- *garantarea tratamentului echitabil al creditorilor aflați în aceeași situație;*
- *specificarea unei proceduri rapide, eficace și imparțiale a insolvenței;*
- *conservarea bunurilor debitorului pentru a permite o repartizare echitabilă între creditorii;*
- *recunoașterea drepturilor creditorilor existenți și stabilirea unor reguli clare privind determinarea creanțelor prioritare;*
- *stabilirea unor măsuri care să permită colectarea și difuzarea informațiilor;*
- *legea privind insolvența trebuie să conțină dispoziții referitoare atât la redresarea cât și la lichidarea debitorului⁴.*

Principiile Băncii Mondiale și Ghidul legislativ al UNCITRAL reflectă concepția actuală conform căreia reorganizarea este considerată soluția favorabilă atât pentru interesele debitorului cât și pentru interesele creditorilor și nu numai ale creditorilor chirografari și ai celor garantați.

¹ Textul integral al Ghidului legislativ privind dreptul insolvenței al UNCITRAL pe: www.uncitral.org;

² A se vedea în acest sens, Jean-Luc Vallens, UNCITRAL 2004 Legislative Guide on Insolvency Law, http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/support_measures/failure_bankruptcy/conference/vallens_speech.pdf;

³ Recomandările 1-5 din prima parte pct.I din Ghidul legislativ privind legea insolvenței al UNCITRAL;

⁴ Comentarii detaliate privind Ghidul legislativ al legii insolvenței UNCITRAL în : Jean-Luc Vallens, "Towards an Ideal System? The UNCITRAL legislative Guide on Insolvency Law" publicat pe www.ec.europa.eu ;

La rândul sau, **Banca Europeană pentru Reconstrucție și Dezvoltare (BERD)**¹ identifică trei scopuri posibile ale legislației referitoare la faliment:

- *Politica noului start* – care permite unui întreprinzător falimentar, dar onest, redemararea afacerii sale, scutit fiind de datoriile și obligațiile pe care le-a acumulat ca urmare a ghinionului avut în afacerile de până atunci;
- *Politica echității* – care promovează distribuirea echitabilă a averii debitorului falimentar între creditorii de același rang;
- *Politica de salvare* – care dispune restructurarea și reabilitarea unei întreprinderi pentru a păstra locurile de muncă, a plăti creditorii, a aduce profit și a crea valoare.

Este dincolo de orice dubiu că, în prezent, legislațiile și principiile privind insolvența tind să valorizeze redresarea, reorganizarea “urmărirea judiciară a activității” debitorului fără a se afecta interesele creditorilor garanți și, în acest sens, cel mai bun exemplu concret este legea engleză a întreprinderilor (Entreprise Act 2002), lege ce reușește să facă distincția între marea majoritate a insolvenților care au ajuns în această stare a eșecului financiar, situație ce nu implică comportament necinstit sau purtare indiferentă și o mică minoritate a insolvenților care au abuzat de creditorii lor în conduita lor culpabilă.

Urmare adoptării noilor concepții privind tratamentul insolvenței, în anul 2006, în Anglia, a scăzut cu 5% număr lichidarilor obligatorii și a crescut cu 92% numărul aranjamentelor individuale voluntare dintre debitori și creditori².

În abordarea modernă și realistă a insolvenței, scopul central al legislațiilor economiilor capitaliste este acela de a încuraja reorganizarea firmelor³ având în vedere că, printre altele, falimentul nu îi afectează numai pe creditori și debitori ci și pe angajații firmei și, în cazul monopolului sau utilităților publice, și pe consumatori.⁴

II. Scopul procedurii insolvenței din perspectiva reglementarilor legale din România

Legea română a insolvenței stabilește că: “*Scopul (procedurii insolvenței n.a.) este instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență*”- art.2 din Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței.

Acest scop este reiterat prin finalitatea legală a procedurii reorganizării judiciare în baza căreia, procedura “*ce se aplică debitorului (...) în vederea achitării datoriilor acestuia, conform programului de plată al creanțelor*” –art.3 alin.1 pct.20 din Legea insolvenței precum și prin finalitatea procedurii falimentului: “*care se aplică debitorului în vederea lichidării averii acestuia pentru acoperirea pasivului*”- art.3 alin.1 pct.23 din Legea insolvenței.

¹ Banca Europeană pentru Reconstrucție și Dezvoltare, Law in Transition –Focus on Insolvency Law, 2003, Londra, astfel cum este citat în: D.Daianu, D.Pislaru, L.Voinea, “*Aspecte ale falimentului în economia românească –perspectivă comparativă și analiză*”, Institutul European din România, Studii de Impact (PAIS II), Studiul nr.8, 2004, p.59, <http://www.ier.ro/>;

² The Insolvency service, “Annual Report and accounts 2006-07”, 24 iulie 2007, în www.insolvency.gov.uk;

³ În același sens, a se vedea: Stanciu D.Carpénaru, Drept comercial român, Ed.a VII a, op.cit., p.611-612;

⁴ Joseph Stiglitz, Bankruptcy Law: Basic Economic Principles in Resolution of distress: An International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws, Ed.Stijn Claessens, Simeon Djankov, Washington, 2003;

Într-un asemenea context terminologic, prioritatea procedurii insolvenței o reprezintă interesele creditorilor, plata datoriilor pe care debitorul le are față de aceștia în oricare din modalitățile utilizate pentru realizarea acestui scop, “acoperirea pasivului” reprezentând, ca regula, plata integrală a datoriilor declarate¹.

Prin acest scop al procedurii insolvenței, este evident că, legislația noastră modernă nu are capacitatea de a se adapta total la concepțiile existente în cele mai multe țări europene în ceea ce privește tratamentul aplicat debitorilor aflați în insolvență.

În primul rând, procedura insolvenței nu poate avea un unic scop având în vedere că, în fapt, există două tipuri de proceduri ale insolvenței: procedura generală a insolvenței, în care debitorul este supus, în principiu, atît procedurii reorganizării judiciare cit și celei a falimentului și procedura simplificată a insolvenței, în care debitorul este supus numai procedurii falimentului.

*În momentul în care legea stabilește un singur scop ambelor tipuri de proceduri ale insolvenței: instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, ea recunoaște că, în realitate, se află complet sub influența tratamentului tradițional al insolvenței și pe de altă parte, recunoaște că nu are în vedere scopurile inerente și aferente procedurii reorganizării judiciare: *facilitarea reorganizării societății astfel încât să îi permită continuarea activității comerciale -activitate urmărită judiciar-, menținerea angajaților și verificarea atentă a pasivului debitorului.**

Salvarea întreprinderii reprezintă obiectivul, scopul fundamental al procedurii reorganizării, esența reorganizării judiciare fiind reprezentată de continuarea activității debitorului, activitate ce va putea permite și achitarea datoriilor acestuia.

Doar procedura lichidării “este destinată eliminării întreprinderilor economice condamnate”², eliminării “de pe piață a debitorilor aflați în insolvență”³, a întreprinderilor care -în mod evident- nu mai pot fi salvate și, are ca obiectiv lichidarea în cele mai bune condiții a activului patrimonial al debitorului, în interesul creditorilor acestuia.

Urmărirea unui singur scop: acoperirea pasivului debitorului nu poate conduce decât la micșorarea dramatică a cazurilor de nerecurgere la procedura reorganizării sau de eșec

¹ În același sens, a se vedea: Stanciu D.Carpenaru, Vasile Nemes, Mihai Adrian Hotca, Noua lege a Insolvenței . Legea nr.85/2006. Comentarii pe articole, Ed.Hamangiu, 2008, p.24-25; Gheorghe Piperea, “Despre evitarea procedurilor de insolvență și tratamentul extrajudiciar al crizelor financiare”, în Revista Româna de Drept Privat nr.3/2007, p.147; În contextul Legii nr.64/1995 care nu diferă de actuala reglementare a insolvenței sub aspectul scopului său: Ion Turcu, Madalina Stan, “Compatibilitatea normelor codului de procedură civilă cu specificul procedurii insolvenței”, Revista de Drept Comercial nr.12/2005, p.12;

² G.Ripert/R.Roblot, Philippe Delebecque, Michel Germain, Traite de droit commercial, tome 2, op.cit., p.787;

³ Gheorghe Piperea, “Despre evitarea procedurilor de insolvență și tratamentul extrajudiciar al crizelor financiare”, op.cit.; În Polonia, eliminarea de pe piață a debitorilor faliti poate fi definitivă având în vedere posibilitatea ca împotriva lui să se pronunțe o decizie ‘bon on running of economical activity’ prin care se stabilește interdicția de a se lansa într-o activitate economica după lichidarea cauzată de insolvență – detalii în Marc Andre, Insolvency law and practice in some new Member States, http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/support_measures/failure_bankruptcy/conference/andre_speech.pdf;

al acesteia prin lipsa unei concentrări adecvate asupra posibilității de redresare a activității debitorului¹.

Pe de altă parte, chiar și denumirea legii române: lege privind procedura insolvenței, ar putea induce apropierea de legislațiile care consideră că principalul scop al procedurii colective este plata datoriilor către creditorii cu prețul lichidării societății².

Întîlnim această denumire și în *Regulamentul nr.1346/2000 al Consiliului European privind procedura insolvenței* și în *Codul German al insolvenței (Insolvenzordnung, InsO)*.

Numai că, Regulamentul european privind insolvența nu reglementează și nu și-a propus să reglementeze procedura reorganizării sau redresării întreprinderilor, el aplicându-se doar procedurii de lichidare judiciară: *“Procedurilor colective ce iau naștere în contextul insolvenței debitorului care atrage desesizarea parțială sau totală a acestuia și desemnarea unui lichidator”* – art.I paragraf 1 din Regulamentul 1346/2000/CE .

Obiectivul reglementării germane a insolvenței este satisfacerea colectiva a creditorilor debitorilor prin lichidarea patrimoniului debitorului și distribuirea sumelor astfel obținute sau, prin gasirea unui aranjament printr-un plan de insolvență, în special urmărindu-se menținerea întreprinderii. Unui debitor onest i se acordă posibilitatea de a fi descărcat, liberat de restul datoriilor sale (art.1 din Insolvenzordnung, InsO).

Legea germană a insolvenței acordă prioritate reorganizării debitorului –în măsura în care întreprinderea debitorului este viabilă- prin trei modalități de reorganizare: contractul de reorganizare încheiat între creditori și debitor, reorganizarea bazată pe plan și continuarea activității prin înțelegere asupra activelor (societatea în dificultate vinde toate activele sau o parte a activelor unui cumparator care este dispus să continue activitatea).

Prin urmare, scopul principal al procedurii germane a insolvenței: plata datoriilor față de creditori va trebui să aibă întotdeauna în vedere un alt obiectiv principal: menținerea activității întreprinderii.

*Reglementarea spaniolă a insolvenței are și ea ca element central al procedurii insolvenței, continuarea întreprinderii*³.

Influența evidentă a legislației franceze asupra legii române a insolvenței nu-și face simțită prezența în ceea ce privește scopurile acestei legi.

Legea franceză indică scopul procedurii redresării judiciare: să permită urmărirea activității întreprinderii, menținerea angajaților și verificarea pasivului (art.L.631-1 c.com.fr.) în timp ce, procedura lichidării judiciare se aplică debitorilor a caror redresare este evident imposibilă și este destinată a stabili încheierea activității sau lichidarea patrimoniului debitorului (art.L.640-1 c.com.fr.)⁴.

¹ Pentru o altă opinie, a se vedea: Gheorghe Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, Ed.Wolters Kluwer, București, 2008, p.36-37;

² Detalii privind aceste legislații în: Yves Guyon, Droit des Affaires, Tome 2, Entreprises en defficultes. Redressement judiciaire – Faillite, op.cit., p.20;

³ Alberto Palomar Olmeda, La Normativa de insolvencia en Espana, http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/support_measures/failure_bankruptcy/conference/palomar_slides.pdf

⁴ Code des procedures collectives, Commente, 5e edition, Commentaires par Alain Lienhard, Dalloz, Paris, 2007;

Prin noile reglementări din legislația franceză¹ se reformează dreptul francez al întreprinderilor în dificultate însă, nu se modifică esența dreptului francez al procedurilor colective care impune gasirea soluțiilor pentru reorganizarea acestor întreprinderi.

Este posibilă completarea scopului declarat al procedurii române a insolvenței cu obiective deduse prin analiza regimului al insolvenței, obiective ce ar fi trebuit să fie prevăzute expres de lege însă, nu credem că este cea mai indicată soluție pentru a suplini lipsuri legislative grave sau pentru a încerca modificarea doctrinară a actualei concepții privind scopul procedurii insolvenței².

Legea insolvenței consacră două tipuri de proceduri ale insolvenței: procedura generală și procedura simplificată, aplicarea uneia sau alteia urmând să se stabilească în principiu, în funcție de criteriile prevăzute de lege.

Procedura generală reprezintă procedura prevăzută de Legea nr.85/2006, prin care un debitor care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 1 alin. (1) din Legea nr.85/2006, fără a le îndeplini simultan și pe cele de la art. 1 alin. (2) din Legea nr.85/2006, intră, după perioada de observație, succesiv, în procedura de reorganizare judiciară și în procedura falimentului sau, separat, numai în reorganizare judiciară ori doar în procedura falimentului - art.3 alin.1 pct.24 din Legea nr.85/2006.

Procedura simplificată reprezintă procedura prevăzută de Legea nr.85/2006, prin care debitorul care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 1 alin. (2) din Legea nr.85/2006 intră direct în procedura falimentului, fie odată cu deschiderea procedurii insolvenței, fie după o perioadă de observație de maximum 60 de zile, perioadă în care vor fi analizate elementele arătate la art. 1 alin. (2) lit. c) și d) din Legea nr.85/2006 – art.3 alin.1 pct.25 din Legea nr.85/2006.

Perioada de observație este perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii insolvenței și data confirmării planului de reorganizare sau, după caz, a intrării în faliment.

Una din noutățile majore ale Legii nr.85/2006 o reprezintă instituirea unei proceduri simplificate a insolvenței³, procedura în cadrul căreia debitorul este supus doar procedurii falimentului -redresarea acestuia fiind considerată de lege inoportuna datorită calității debitorului sau situației sale-.

Punctul de plecare al legiuitorului roman l-a constituit din nou modelul francez, model de la care s-a abatut semnificativ.

În legislația franceză a insolvenței, procedura simplificată a insolvenței interesează întreprinderile mici⁴ aplicându-se debitorului în al cărui patrimoniu nu se găsesc bunuri imobile și al caror număr de salariați și cifră de afaceri (exceptând taxele) în ultimele 6 luni

¹ Legea nr.2005-845 din 2 iulie 2005 privind salvagardarea întreprinderii;

² Pentru această opțiune a se vedea: Ion Turcu, Tratat de insolvență, C.H.Beck, București, 2007, p.297 -298; Ioan Adam, Codrut Nicolae Savu, Legea procedurii insolvenței, Comentarii și explicații, Ed.C.H.Beck, București, 2006, p.7, p.79; R. Bufan, “Legal și Comercial în procedura insolvenței comerciale”, în Revista de Drept Comercial nr.5/2004, p.34;

³ Pentru dezvoltări în: Ioan Adam, Codrut Nicolae Savu, “Câteva considerații referitoare la procedura simplificată în lumina Legii nr.85/2006 privind procedura insolvenței”, în R.D.C. nr.3/2007, p.21 și urm; Ioana-Nely Militaru, Ileana Voica, “Considerații teoretice cu privire la insolvența potrivit Legii nr.85/2006 –Procedura simplificată-”, în R.D.C. nr.2/2007, p.62 și urm.;

⁴ Corinne Saint-Alary Houin, Code des entreprises en difficulté 2007, première édition, LexisNexis, Litec, Paris, 2007, p.124;

Înainte de deschiderea procedurii, sunt egale sau inferioare pragului fixat prin Decret al Consiliului de Stat (art.99 din Legea nr.2005-945 din 29 iulie 2005).

Acest prag este fixat prin Decretul nr.2005-1677 din 28 decembrie 2005 la 5 salarii (angajați ai debitorului în prima zi a celei de a șasea luni precedente deschiderii procedurii) și la 750.000 euro cifră de afaceri.

Scopul procedurii insolvenței se realizează prin modalități concrete reprezentate de procedura reorganizării judiciare și procedura falimentului, chiar dacă actuala lege a insolvenței nu indică expres realizarea scopului său prin intermediul procedurii reorganizării judiciare și prin intermediul procedurii falimentului astfel cum o facea Legea nr.64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului: ” *Scopul legii este instituirea unei proceduri pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, fie prin reorganizarea activității acestuia sau prin lichidarea unor bunuri din averea lui până la stingerea pasivului, fie prin faliment* ”- art.2 din Legea nr.64/1995.

Întreaga procedură a insolvenței este o *procedură colectivă în care creditorii recunoscători participă împreună la urmărirea și recuperarea creanțelor lor, în modalitățile prevăzute de lege* (art.3 pct.3 din Legea 85/2006) și, legea insolvenței reglementează procedura reorganizării judiciare și procedura falimentului ca singure modalități (proceduri) concrete ce se pot utiliza în vederea achitării datoriilor debitorului și acoperirii pasivului acestuia.

Reorganizarea judiciară este procedura ce se aplică debitorului, persoană juridică, în vederea achitării datoriilor acestuia, conform programului de plată a creanțelor. Procedura de reorganizare presupune întocmirea, aprobarea, implementarea și respectarea unui plan, numit plan de reorganizare, care poate să prevadă, împreună sau separat: restructurarea operațională și/sau financiară a debitorului, restructurarea corporativă prin modificarea structurii de capital social, restrângerea activității prin lichidarea unor bunuri din averea debitorului.

Prin urmare, reorganizarea judiciară implică continuarea și redresarea activității debitorului.

Procedura falimentului reprezintă procedura de insolvență concursuală colectivă și egalitară care se aplică debitorului în vederea lichidării averii acestuia pentru acoperirea pasivului, fiind urmată de radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat.

Din dispozițiile legii insolvenței nu rezultă nici o ierarhie a aplicării celor două modalități de realizare a scopului procedurii insolvenței.

Sigur, în cazul aplicării procedurii generale, în măsura în care administratorul judiciar stabilește că există o posibilitate reală de reorganizare efectivă a activității debitorului ce permite achitarea datoriilor debitorului, cu condiția aprobării și admiterii unui plan de reorganizare, se va aplica procedura reorganizării judiciare.

Din aceasta perspectivă, putem considera că reorganizarea judiciară are prioritate față de procedura falimentului, plata creditorilor trecând pe al doilea plan.

Cu toate acestea, nu există nici un impediment legal ca, în cazul în care există motive care nu permit reorganizarea și salvarea debitorului, să se intre în faliment fără parcurgerea etapei reorganizării judiciare, în acest caz, scopul achitării datoriilor către creditori fiind din nou pe primul plan, inseparabil legat de eliminarea întreprinderii prin lichidare.¹

¹ Michel Jeantin, Paul Le Cannu, Droit commercial, Instruments de paiement et de credit.

III. Concluzii

De lege lata, scopul legii insolventei este instituirea unei proceduri pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, fie prin reorganizarea activității acestuia sau prin lichidarea unor bunuri din averea lui până la stingerea pasivului, fie prin faliment

Este evident faptul ca, legislatia romana consacrata insolventei nu este adaptata total la conceptiile existente în cele mai multe țări europene în ceea ce privește tratamentul aplicat debitorilor aflați în insolvență în ceea ce privește scopul procedurii insolventei.

Prin urmare, scopul principal al procedurii insolvenței: plata datoriilor față de creditori va trebui sa aibă întotdeauna în vedere un alt obiectiv principal: menținerea activității întreprinderii debitoare.

Pnetru inlaturarea oricaror dificultati practice sau erori de aplicare a unor dispozitii legalem este necesar a se reglementa legal si expres scopul implicit si necesar al procedurii insolventei: continuarea intreprinderii debitoare, salvarea acesteia ori de cate ori acest lucru se dovedeste viabil.

PERSOANELE JURIDICE PARTICIPANTE LA ACTIVITATEA COMERCIALA

Dr. LUMINIȚA TULEAȘCĂ
Universitatea Româno-Americană

Rezumat:

Schimbările profunde ce marchează activitatea comercială a ultimelor decenii au influențat în mare măsură și participanții la această activitate.

Asistăm la o extindere a categoriilor de participanți, persoane juridice, comercianți sau necomercianți la activitatea comercială determinată de modificarea conceptului de activitate economică dar și de politicile de îmbunătățire a modalităților de constituire și de funcționare a actorilor din economie.

Lucrarea își propune o analiză a tuturor persoanelor juridice, participante la activitatea comercială, din perspectiva legislației române și a celei europene.

I. Introducere

Participanții ce au statut de comerciant asigură, cum este și firesc, cea mai importantă și substanțială latură a comerțului intern și internațional și, reprezintă categoria de participanți ce interesează cu prioritate sub aspectul aplicării unor reglementări specifice, în materii diverse.

Dispozițiile codului comercial român privind participanții efectivi la activitatea comercială (în sens de comercianți) sunt evident depășite: „sînt comercianți aceia care fac fapte de comerț avînd comerțul ca profesiune obisnuită și societățile comerciale” – art.7 c.com.rom.

Vechimea codului comercial român nu justifică lipsa totală de atenție acordată acestuia de legiuitorul român ce putea, pentru reactivarea lui, să introducă în corpul acestuia toate legile de modificare și/sau de completare a dispozițiilor sale, utilizînd în acest sens modelul celor mai moderne legislații comerciale europene.

În Franța, acest procedeu se utilizează, codificarea legislației comerciale reprezentînd o preocupare permanentă.

Lacunele actuale ale codului comercial român privind persoanele ce au calitatea de comerciant sunt acoperite de **Legea nr.26/05.11.1990 privind Registrul Comerțului¹ ce indică categorii suplimentare de comercianți:** *comercianții sunt persoanele fizice și asociațiile familiale care efectuează în mod obișnuit acte de comerț, societățile comerciale, companiile naționale și societățile naționale, regiile autonome, grupurile de interes economic cu caracter comercial, grupurile europene de interes economic cu caracter comercial și organizațiile cooperatiste (art.1 alin.2 din Legea nr.26/1990).*

Prin O.U.G. nr.44/2008 se elimină asociația familială ca formă de desfășurare a activității economice de către persoane fizice și se introduc noi forme de organizare: întreprinderea individuală și întreprinderea familială astfel încât, în temeiul art.41 alin. 1 al acestui act normativ, orice referire conținută în alte acte normative la

¹ Publicată în M.Of.Parrea I nr.121 din 07.11.1990, Republicată în M.Of.Parrea I nr.49 din 04.02.1998 cu modificările și completările ulterioare;

sintagma: "*Persoana fizica autorizata si/sau asociatie familiala*" va fi considerata ca fiind facuta la sintagma „*persoana fizica autorizata, intreprindere individuala si/sau intreprindere familiala*”, dupa caz.

Se evidentiala astfel, cele trei tipuri principale de comercianti: persoane fizice, persoane fizice asociate sub forma unei intreprinderi si persoanele juridice, toate apartinand in fapt, aceleasi mari categorii de gen: intreprinderea.

II. Intreprinderea

Persoanele juridice, persoanele fizice, intreprinderile individuale si cele familiale ce au calitatea de comercianti sunt desemnate generic prin notiunea de: intreprindere, notiune existenta in legislatia noastra, neutilizata o lunga perioada de timp in limbajul juridic si economic romanesc, dupa exacerbarea ei in sistemul economiei de stat, si revitalizata sub imperiul legislatiei europene¹.

La nivel european prima definitie a intreprinderilor se gaseste in hotarirea CJCE Mannesman din 13 iulie 1962 in care Curtea precizeaza ca "*intreprinderea este constituita dintr-o organizatie unitara de elemente personale, materiale si nemateriale, atribuite unui subiect de drept autonom si urmarind, intr-un mod durabil, un scop economic determinat*"².

Aceasta definire a intreprinderilor a fost critica, considerandu-se ca, "existenta unui subiect de drept autonom nu este necesara pentru a caracteriza o intreprindere" si, in conceptia actuala a dreptului comunitar, "*o intreprindere poate fi o persoana fizica si o persoana juridica*"³.

Aceasta conceptie este conforma cu cea a codului comercial roman si este confirmata la nivel national atat de doctrina⁴ cat si de legislatia romaneasca.

Semnificatia actuala si corespunzatoare a intreprinderilor este data de art.2 din Legea nr.346/2004 pentru stimularea infiintarii si dezvoltarii intreprinderilor mici si mijlocii⁵: intreprinderea este orice formă de organizare a unei activități economice, autonomă patrimonial și autorizată potrivit legilor în vigoare să facă acte și fapte de comerț, în scopul obținerii de profit, în condiții de concurență, respectiv: *societăți comerciale, societăți cooperative, persoane fizice care desfășoară activități economice în mod independent și asociații familiale* (intreprinderi individuale si intreprinderi familiale n.n.) autorizate potrivit dispozițiilor legale în vigoare.

Aparent contravenind acestei conceptii, art.2 lit.f) din O.U.G. nr.44/2006 definește notiunea de „intreprindere economica” ca si “activitatea economică desfășurată în mod organizat, permanent și sistematic, combinând resurse financiare, forță de muncă atrasă,

¹ Despre intreprindere si modificarile acestei notiuni pe larg in Stanciu D.Carpenaru, Tratat de drept comercial roman, Ed.Universul Juridic, Bucuresti, 2009, p.47-48;

² CJCEM Hotarirea din 13.07.1961, Mannesmann AG/Haute Autorite, C-19/61 citata in Augustin Fuerea, Dreptul comunitar al afacerilor, Ed.Universul Juridic, Bucuresti, 2003, p.200;

³ Augustin Fuerea, Drept comunitar al afacerilor, op.cit., p.200;

⁴ In literatura de specialitate s-a facut diferenta intre intreprinderea individuala si intreprinderea societara; In acest sens, a se vedea: Stanciu D.Carpenaru, Tratat de drept comercial roman, op.cit., p.47;

⁵ Legea nr.346 din 14.07.2004 pentru stimularea infiintarii si dezvoltarii intreprinderilor mici si mijlocii a fost publicata in M.Of. Partea I, nr.681 din 29.07.2004

materii prime, mijloace logistice și informație, pe riscul întreprinzătorului, în cazurile și în condițiile prevăzute de lege”.

Exigentele impuse de acest text de lege ar putea conduce la ideea ca, numai utilizarea unei “forte de munca atrasa” deci, a altor persoane decat a intreprinzatorului (alaturi de indeplinirea celorlalte conditii) determina calificarea unei entitati ca si intreprindere, si, in acest context persoana fizica actionind individual neputand intra in aceasta categorie. Cu toate acestea, in cazul intreprinderilor individuale si a celor familiale, reglementate de acelasi act normativ, nu se impune conditia utilizarii unei “forte de munca atrasa” in vederea obtinerii statutului de intreprindere astfel incat, putem considera utilizarea acestei sintagme ca o exprimare intamplatoare sau defectuoasa.

Clasificarea intreprinderilor in private si publice prezinta interes in mod exclusiv in cazul comerciantilor persoane juridice. Aceasta deoarece, pentru ratiuni ce tin de ordinea publica, intreprinderile publice sunt intotdeauna subiecte de drept distinct, persoane juridice.

Intreprinderea publica este un instrument juridic nou si binevenit in legislatia romana in conditiile in care el are traditie in statele europene si mai ales, in conditiile in care este necesara conturarea precisa a statutului participantilor la activitatea comerciala.

O definire completa a intreprinderii publice¹ se regaseste in art.3 lit.m) a O.U.G nr.34/2006 privind atribuirea contractelor de achizitie publica, a contractelor de concesiune de lucrari publice si a contractelor de concesiune de lucrari² precum si in Directiva 2004/17/CE de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achizitii in sectoarele apei, energiei, transporturilor si serviciilor postale.

Intreprindere publică este persoana juridică ce desfășoară activități economice și asupra căreia se exercită direct sau indirect, ca urmare a unor drepturi de proprietate, a participațiilor financiare sau a regulilor specifice prevăzute în actul de înființare a întreprinderii respective, influența dominantă a unei autorități publice, institutii publice, organism de drept public sau a unei asocieri a acestor entitati.

Se institue prezumția legala de exercitare a influenței dominante care se aplică în orice situație în care, în raport cu o astfel de persoană, una sau mai multe autorități publice, institutii publice, organisme de drept public sau asocieri între acestea se află, direct ori indirect, în cel puțin unul dintre următoarele cazuri:

- dețin majoritatea capitalului subscris;

¹ In mod evident, utilizarea acestei notiuni -precum si a distinctiei dintre intreprindere publica si privata-, a fost impusa de aquis-ul comunitar cu preponderenta in domeniul implicarii salariatilor si al achizitiilor publice si concesiunilor. In acest sens, Legea nr.217/2005 privind constituirea, organizarea si functionarea Comitetului european de intreprindere, publicata in M.Of. Partea I nr.628 din 19 iulie 2005, cu modificarile si completarile ulterioare si, Legea nr.467/2006 din 12/12/2006 privind stabilirea cadrului general de informare si consultare a angajatilor, publicata in M.Of. Partea I, nr.1006 din 18/12/2006;

² O.U.G nr.34/19.04.2006 privind atribuirea contractelor de achizitie publica, a contractelor de concesiune de lucrari publice si a contractelor de concesiune de lucrari, publicata in M.Of., Partea I nr.418/15.05.2006; O definire identica este data si de art. 1.2. din Ghidul privind atribuirea contractelor de achizitie publica din 02.10.2006, publicat in M.Of.Parteia I nr.894bis/02.11.2006, aprobat prin Ordinul Autoritatii Nationale pentru reglementarea si monitorizarea achizitiilor publice din 02.10.2006, publicat in M.Of., Partea I nr.894/02.11.2006;

- dețin controlul majorității voturilor în organul de conducere, cum ar fi adunarea generală;
- pot numi în componența consiliului de administrație, a organului de conducere sau de supervizare mai mult de jumătate din numărul membrilor acestuia.

În aceste condiții sînt întreprinderi publice: regiile autonome, societățile pe acțiuni cu capital integral de stat, societățile naționale și companiile naționale (în măsura în care ele nu au fost supuse procesului de privatizare).

Cu excepția statului și a unităților administrativ teritoriale, **participanții necomercianți la activitatea comercială** au un rol relativ redus în dezvoltarea comerțului însă, activitatea economică pe care o desfășoară în subsidiar, raportat la obiectul principal de activitate sau la scopul lor principal, produce importante efecte sub aspectul aplicării unor reglementări legale speciale considerate de ordine publică: în materia protecției consumatorilor, a fiscalității, a insolvenței ș.a.

III. Participanți la activitatea comercială – Persoane juridice

Societățile comerciale, principalul actor al activității comerciale, sînt reglementate în principal, prin Legea nr.31/1990 privind societățile comerciale¹, o lege care, prin modificări și completări succesive, a reușit să corespundă într-o bună măsură necesităților noilor provocări ale vieții economice și juridice și, nu în ultimă măsură, legislației europene în materie.

La nivel european există preocupări constante de realizare a unui cadru unic privind societățile comerciale și, pînă în prezent, s-au adoptat reglementări privind societățile pe acțiuni (inclusiv reglementări privind fuziunea, divizarea, ofertele publice de cumpărare) și societățile cu răspundere limitată cu unic asociat.

Planul de acțiune inițiat de Comisia Europeană în domeniul dreptului societăților comerciale: *”Modernizarea dreptului societăților comerciale și consolidarea guvernării întreprinderilor în Uniunea Europeană. Un plan pentru a avansa.”*²

Acest plan vizează modernizarea dreptului societăților și consolidarea guvernării întreprinderilor în Uniunea Europeană și este fondat pe un ansamblu de propuneri reunite în șase capitole, preocupări principale: guvernarea societăților, menținerea și modificarea capitalului social, grupurile și piramidele, restructurarea și mobilitatea societăților, Societatea privată europeană, cooperativele și alte forme ale întreprinderilor.

În acest context, **prin modificările intervenite în ultimii ani, legislația română dedicată societăților comerciale este armonizată cu prevederile esențiale ale principalelor reglementărilor europene:** Directiva 89/667/CEE din 21 decembrie 1989 în materia dreptului societăților comerciale, privind societățile comerciale cu răspundere

¹ Publicată în M.Of. Partea I, nr.126/17.11.1990, ultima republicare (2) în M.Of.Parteia I, nr.1066 din 17.11.2004, cu modificările și completările ulterioare;

² Pentru detalii a se vedea: Comunicarea Comisiei Europene către Consiliu și Parlament din 21.05.2003 intitulată: ”Modernizarea dreptului societăților comerciale și consolidarea guvernării întreprinderilor în Uniunea Europeană. Un plan pentru a avansa”, www.eur-lex.europa.eu; Ștefan Gavrilă, ”Considerații asupra capitalului social și asupra neconstituționalității majorării capitalului social prin emisiunea de noi acțiuni”, în Pandectele Române nr.3/2005, p.147-156;

limita cu unic asociat¹, a doua directive europeana nr 77/91CEE privind constituirea societăților comerciale pe acțiuni și menținerea și modificarea capitalului acestora din 13 decembrie 1976², Directiva 2006/68/CE³.

Regiile autonome, participant de prim rang la activitatea comercială, comerciant hibrid, se organizează și funcționează în ramurile strategice ale economiei naționale precum și în unele domenii aparținând altor ramuri stabilite de guvern, sunt persoane juridice, funcționează pe baza de gestiune economică și autonomie financiară, beneficiază de personalitate juridică și, face parte din categoria întreprinderilor publice.

Regiile autonome indeplinesc condițiile necesare calificării ca și întreprinderi publice având în vedere că, autorități publice exercită asupra acestora influență dominantă prin puterea de numire a întregului Consiliu de administrație al acestor entități, prin ordin al ministrului de resort sau, după caz, prin hotărâre a autorității administrației publice locale⁴.

Statutul regiei autonome de întreprindere publică nu are nici o influență asupra calității sale incontestabile de comerciant.

Participarea **regiilor autonome** la activitatea comercială s-a estompat continuu datorită reducerii semnificative a numărului acestora, reducere determinată de transformarea acestor entități în societăți comerciale pe acțiuni obișnuite⁵ - inițial cu capital de stat - sau, după caz, în **societăți naționale sau companii naționale**⁶ ce au ca obiect activități de interes public național și au statut de întreprinderi publice și calitate de comerciant.

Organizațiile cooperatiste reprezintă noțiune de gen utilizată pentru a desemna diferitele tipuri de entități ce funcționau în domeniul cooperatiei (ca sector specific al economiei naționale) în temeiul *Decretului Lege nr.66/1990 privind organizarea și funcționarea cooperatiei meșteșugărești și Legii nr.109/1996 privind organizarea și funcționarea cooperatiei de consum, acte normative abrogate prin Legea nr.1/21.02.2005 privind organizarea și funcționarea cooperatiei*⁷ și de Legea nr.566/09.11.2004 privind cooperatia în agricultură.

¹ Publicată în JO L395 din 30.12.1989, p.40-42;

² Publicată în JO L 26 din 31.01.1977 prin care se modifică Prima Directivă nr.68/151/CE privind constituirea societăților pe acțiuni, Publicată în JO L 65 din 14.03.1968, p.8-12, Directivă ce a fost modificată și prin **Directivă 2003/58/CE** din 15.07.2003 de modificare a Directivei 68/151/CEE în ceea ce privește obligațiile de publicitate ale anumitor tipuri de societăți comerciale prin care se stabilește posibilitatea persoanelor ce au obligația de a se înregistra în Registrul Comerțului de depune toate actele și informațiile supuse înregistrării în format electronic.

³ Publicată în JO L 264/29.09.2006, P.32-36;

⁴ Conform prevederilor art.12 alin.2 din Legea nr.15/1990 privind reorganizarea unităților economice de stat în regiile autonome și societăți comerciale, publicată în M.Of. Partea I nr.98 din 08/08/1990, cu modificările și completările ulterioare;

⁵ Capitalul social fiind inițial detinut de stat;

⁶ Conform O.U.G. nr.30 din 16.06.1997 privind reorganizarea regiilor autonome, Publicată în M.Of. Partea I nr.125/19.06.1997, aprobată prin Legea nr.207 din 12.12.1997 Publicată în M.Of. Partea I nr.366 din 18.12.1997, cu modificările și completările ulterioare;

⁷ Legii nr.1 din 21.02.2005 privind organizarea și funcționarea cooperatiei, Publicată în M.Of.

În prezent, ***aceasta denumire generica de organizatii cooperatiste***_(ce includea organizații cooperatiste - cooperative de consum, cooperative meșteșugărești, societăți cooperative meșteșugărești, societăți cooperative pe acțiuni meșteșugărești, cooperative mici meșteșugărești și asociațiile acestora) ***nu se mai justifica¹ avînd în vedere actuala forma de organizare a entitatilor ce funcționează în sectorul general al cooperatiei: societăți cooperative și în sectorul cooperatiei agricole: cooperative agricole².***

Cooperatia este un sector specific al economiei care funcționează prin societățile cooperative și alte forme de asociere la nivel teritorial și național reglementate de Legea nr.1/2005 privind organizarea și funcționarea cooperatiei.

Societatea cooperativă este o asociație autonomă de persoane fizice și/sau juridice constituită pe baza consimțământului liber exprimat de acestea, în scopul promovării intereselor economice, sociale și culturale ale membrilor cooperatori, fiind detinută în comun și controlată democratic de către membrii săi, în conformitate cu principiile cooperatiste.

Ea se constituie în baza unui act constitutiv (contract și statut), înscris sub semnatura privată, poate desfășura orice activități permise de lege în vederea realizării scopului pentru care s-a constituit, are un capital social propriu ce nu poate fi mai mic de 500 RON, ***dobândește personalitate juridică prin înregistrare la Registrul Comerțului și este „agent economic privat” (comerciant persoana juridică).***

Societățile cooperative pot fi de gradul I, persoană juridică constituită de persoane fizice și înregistrată în conformitate cu prevederile Legii nr.1/2005 și, societate cooperativă de gradul 2, persoană juridică constituită din societăți cooperative de gradul 1, în majoritate, și alte persoane fizice sau juridice, în scopul integrării pe orizontală sau pe verticală a activității economice desfășurate de acestea.

Cooperativa agricolă reprezintă forma de organizare a cooperatiei în agricultură, este o asociație autonomă cu un număr nelimitat de membrii, cu capital variabil, care exercită o activitate economică, tehnică și socială în interesul privat al membrilor săi; ***desfășoară activități comerciale, fiind producătoare de bunuri și servicii în agricultură, are calitatea de comerciant și este persoana juridică de la data înmatriculării în Registrul Comerțului.***

Cooperativa agricolă se înființează, se organizează și funcționează pe baza actului constitutiv încheiat sub forma unui înscris autentic, care cuprinde decizia de asociere a cel puțin 5 persoane, lista membrilor fondatori, valoarea părților sociale subscrise de fiecare, însoțit de statut conform prevederilor art.10 alin.1 din Legea nr.566/2004 a cooperatiei în agricultură.

Cooperativele agricole pot fi de gradul 1, asociații de persoane fizice și, de gradul 2, persoane juridice constituite din persoane fizice și/sau persoane juridice, după caz, în scopul integrării pe orizontală și pe verticală a activității economice desfășurate de acestea și legal autorizate (art.4 alin.1 din Legea nr.566/2004).

Partea I nr.172 din 28.02.2005; Aceasta lege nu reglementează cooperativele de credit și casele centrale ale cooperativelor de credit, care sunt reglementate prin lege specială.

¹ În același sens a se vedea: Gabriel Ungureanu, Diana Rohnean, “Considerații teoretice privind modificările legislative intervenite în procedura reorganizării judiciare și a falimentului”, în R.D.C. nr.4/2006, p.58-59;

² Conform Legii nr.566 din 09.12.2004 a cooperatiei agricole, Publicată în M.Of., Partea I nr.1236 din 22.12.2004 cu modificările și completările ulterioare;

Capitalul social (in cuantum minim de 500 Ron la cooperativele agricole de gradul 1 si de 1000 Ron la cooperativele agricole de gradul 2) este format din părți sociale de valoare egala, valoarea nominală stabilindu-se prin actul constitutiv.

Statutul de comercianti al societăților cooperative si cooperativelor agricole sustinut constant in literatura de specialitate¹ este astfel confirmat si de legile de organizare si functionare a acestor entitati².

Proprietarii de terenuri agricole pot sa isi exploateze paminturile in mod individual sau in forme de asociere prevazute de Legea nr.36/1991: asociatii simple (fara personalitate juridica), societati civile reglementate de art.1491 si urm. din c.civ.(fara personalitate juridica), societati comerciale si societati agricole (cu personalitate juridica).

Societatea agricolă, reglementata prin Legea nr.36/1991 privind societatile agricole si alte forme de asociere in agricultura³, este o societate de tip privat, constituita prin act scris de constituire si statut autentificate, cu capital variabil și un număr nelimitat și variabil de asociați (minim 10), avand ca obiect exploatarea agricolă a pământului, uneltelor, animalelor și altor mijloace aduse în societate, precum și realizarea de investiții de interes agricol. Exploatarea agricolă poate consta din: organizarea și efectuarea de lucrări agricole și îmbunătățiri funciare, utilizarea de mașini și instalații, aprovizionarea, prelucrarea și valorificarea produselor agricole și neagricole și alte asemenea activități.

Prin inscrierea sa la judecătoria în circumscripția căreia își va avea sediul, societatea agricola dobandeste calitatea de persoana juridica.

Potrivit legii, ***societatea agricolă nu are caracter comercial*** (art.5 alin.2 din Legea nr.36/2001) dar, constituirea, functionarea, dizolvarea si lichidarea societatii agricole sunt reglementate foarte asemanator societăților comerciale obisnuite.

In legislatia nationala si europeana s-au impus noi tipuri de persoane juridice ce pot desfasura activitate comerciala si care au sau pot dobindi calitatea de comerciant: Grupurile de interes economic si Grupurile Europene de Interes Economic, Societatea Anonima Europeana (cunoscuta dupa numele ei latinesc: Societas Europaea – SE), Societatea europeana cooperativa (SCE) si, in proiect, Societatea Privata Europeana.

Grupurile de interes economic au fost reglementate pentru prima data in Franta⁴, tara in care aceste entitati au inregistrat un succes spectaculos fiind constituite in diverse si importante domenii ale economiei nationale⁵.

¹ Stanciu D.Carpenaru, Tratat de drept comercial roman, p.75-76; I.L.Georgescu, Drept Comercial Roman, Vol.II, Ed.All Beck, 2002, p.645;

² Narcisa Babeanu, Alexandru Ticlea, “Cooperativa Agricola – Structura asociativa in agricultura Romaniei”, in Revista de Drept Comercial nr.5/2005 , p.35-47;

³ Legea nr.36/1991 privind societatile agricole si alte forme de asociere in agricultura, Publicata in M.Of., Partea I nr.97/06.05.1991;

⁴ Ordonanta nr.67-821 din 23 septembrie 1967 ce a instituit grupul de interes economic in Franta;

⁵ Spre exemplificare, Airbus Industrie a fost constituit sub forma unui G.I.E avind ca membrii : Aerospatiale (Franta), British Aerospace (Marea Britanie), Deutsche Airbus/M.B.B.(Germania) si

Reglementarea Europeana a Grupul European de Interes Economic (G.E.I.E.): Regulamentul C.E.E. nr.2137/85 din 25 iulie 1985¹ a avut ca sursa de inspiratie modelul francez al G.I.E. si reprezinta un instrument juridic menit sa inlature numarul mare de dificultati juridice, fiscale si administrative ce impiedicau colaborarea intreprinderilor din statele membre ale Comunitatii Economice Europene.

Pana la 9 iulie 2008 existau 1 844 de G.E.I.E.² in top aflandu-se Belgia (429), Franta (274), Germania (274), Olanda (191), Marea Britanie (198), Spania (170) si Italia (161) neinregistrandu-se inca o utilizare optima a G.E.I.E. ca forma de cooperare transfrontaliera.

In Romania, **Grupul de interes economic si Grupul european de interes economic** sunt reglementate prin **Legea nr.161/2003³ si, in completare cu Regulamentul C.E.E. nr.2137/85 din 25 iulie 1985** si sunt definite legal ca *asocieri între două sau mai multe persoane fizice sau juridice, constituite pe o perioadă determinată, în scopul înlesnirii sau dezvoltării activității economice a membrilor săi, precum și al îmbunătățirii rezultatelor activității respective.*

Grupul de interes economic si Grupul european de interes economic se constituie prin contract in forma autentica, numit Act Constitutiv, incheiat intre maxim 20 de persoane, si prin inregistrare la registru comertului, respectiv la registrul tarii in care grupul european de interes si-a stabilit sediul statutar, are un scop patrimonial si statut de persoana juridica⁴.

Ele pot avea calitatea de comerciant daca obiectul lor de activitate are caracter comercial astfel incat, aceste entitati juridice sunt comercianti persoane juridice nu prin forma lor sau prin inregistrare la Registrul Comertului ci, prin obiectul lor de activitate astfel cum este stabilit prin Actul Constitutiv.

Principala distinctie între cele doua persoane juridice⁵ este data de faptul ca, in cazul Grupului european de interes economic, legea impune conditionari privind membrii grupului ce pot fi numai:

C.A.S.A. (Spania) transformindu-se in iunie 2000 in Societate pe Actiuni simplificata (S.A.S.); in acelasi sens, pina in anul 1974 in Franta se inregistrau anual aproximativ 800 de G.I.E.; detalii in: Philippe Merle, Droit Commercial, Societes commerciales, Dalloz, Paris, 2000, p.715-730;

¹ Publicat in J.O. L 199 din 31 iulie 1985;

² Conform datelor oferite de Libertas – Europaisches Institut GmbH, Berlin –lista G.E.I.E.; alta cifra: 1900 de G.E.I.E. la nivelul anului 2007 este oferita de Hans-Iuergen Zaharka, Loretta Gherman, in Gruparea europeana de interes economic (G.E.I.E.): Singurul instrument legal transnational pentru cooperarea între intreprinzatori in Uniunea Europeana, www.libertas-institut.com – cod.articol:060412.pdf.; Comisia Europeana anunta la nivelul lunii august 2006 peste 800 de G.E.I.E. pe www.europa.eu;

³ Titlul V, Cap.I si Cap.II, art.118-237 din Legea nr.161 din 19.04.2003 privind unele masuri pentru asigurarea transparentei in exercitarea demnitatilor publice, a functiilor publice si in mediul de afaceri, privind prevenirea si sanctionarea faptelor de coruptie, Publicata in M.Of. Partea I nr.279 din 21.04.2003;

⁴ Calitatea incontestabila de persoana juridica a Grupului de Interes Economic este totusi neuniform reglementata legal in Romania, avind in vedere dispozitiile regretabile ale art.7 alin.1 pct.5 din Codul Fiscal al Romaniei: *“asociere, fara personalitate juridica este orice asociere in participatiune, grup de interes economic, societate civila sau orice alta entitate care nu este o persoana impozabila distincta (...)”*.

⁵ Prezentare detaliata in Stanciu D.Carpenaru, Tratat de drept comercial roman, op.cit. p.436-442; Mihaela Buzila, Oana Ciurea, *“Grupurile de interes economic in legislatia romana. Aspecte generale”*, in Revista de Drept Comercial nr.7-8/2003, p.254; Philippe Merle, op.cit., p.32-33,

➤ *companii sau firme, în sensul art. 165 alin. (2) din versiunea consolidată a Tratatului de instituire a Comunitatii Europene, precum și alte persoane juridice de drept public sau privat, care au fost înființate în conformitate cu legislația unui stat membru al Uniunii Europene și care își au sediul social, precum și centrul principal de conducere și de gestiune a activității statutare pe teritoriul unui stat din Uniunea Europeană;*

➤ *persoanele fizice care desfășoară activități industriale, comerciale, meșteșugărești sau agricole ori care furnizează servicii profesionale sau de altă natură pe teritoriul unui stat din Uniunea Europeană.*

Grupul nu poate avea ca scop obtinerea de profit pentru sine iar, in situatia obtinerii de profit acesta trebuie, in mod obligatoriu, distribuit sub forma de dividende intre membrii sai corespunzator cu prevederile din Actul Constitutiv si, in lipsa unei asemenea clauze, in mod egal.

Grupurile europene de interes economic sunt percepute ca entitati juridice lipsite de birocratie și usor de mănuit în vederea colaborarii, favorabilă pentru chestiuni de impozitare și conducere și, cu un cadru juridic transparent, asteptandu-se ca Romania sa joace un rol important în cooperarea europeana sub aceasta forma, aspect discutat în cadrul celei de-a 5-a Conferințe Practice organizată de către Centrul European de informare G.E.I.E. în noiembrie 2004 în Strasbourg, Franța¹.

Cu toate acestea, în tara noastra, conform datelor statistice oferite de Oficiul National al Registrului Comertului² nu exista nici un G.I.E. sau G.E.I.E. inregistrat în Registrul Comertului.

Statutul societății anonime europene³ (denumită în continuare „SE”) adoptat prin **Regulamentul Consiliului European nr.2157/2001 din 8.10.2001**, se înscrie printre actele pe care Consiliul trebuia să le adopte înainte de 1992 în temeiul Cărții albe a Comisiei privind finalizarea pieței interne, aprobată de Consiliul European întrunit la Milano în iunie 1985.

Aceasta deoarece, cadrul juridic în care întreprinderile trebuie să își desfășoare activitățile în cadrul Comunității se bazează în principal pe legislația internă și, din această cauză, nu mai corespunde cadrului economic în care ele trebuie să se dezvolte pentru a permite atingerea obiectivelor enunțate la art. 18 din Tratatul de la Roma, această situație reprezentând un obstacol serios în calea grupării unor societăți aparținând unor state membre diferite.

p.715-734;

¹ Hans-Iuergen Zaharka, Loreta Gherman, op.cit.;

² Operatiuni in Registrul Central al Comertului, Sinteza Statistica a datelor din Registrul Central al Comertului la 30 aprilie 2008 (date provizorii), nr.197, http://www.onrc.ro/statistici/sr_2008_04.pdf;

³ Regulamentul Consiliului nr.2157/2001 din 8.10.2001 intrat in vigoare din 2004, Publicat in JO L 294/1 din 10.10.2001, Regulament completat de Directiva nr.2001/86/CE si a Consiliului din 8.10.2001 de completare a Statutului SE in ceea ce priveste implicarea lucratorilor, Publicata in J.O. L 294/22 din 10.10.2001; cu modificarile ulterioare, ultima modificare realizata prin Regulamentul nr.1791/2006 (adoptat urmare a aderarii Romaniei si Bulgariei la U.E. la 1 ianuarie 2007), Publicat in J.O. L 363/20.12.2006;

Marele avantaj al constituirii unei societati europene este reprezentat de simplificarea structurii intreprinderilor ce pot in acest fel sa isi desfasoare activitatea in intreaga Europa fara a constitui nenumarate filiale supuse unor reglementari nationale diferite¹.

In Romania, Societatea Europeana este reglementata de O.U.G. nr.52/21.04.2008² pentru modificarea si completarea Legii nr.31/1990 privind societatile comerciale si pentru completarea Legii nr.26/1990 privind registrul comertului si, in baza acestei reglementari, si de Regulamentului european nr.2157/2001 privind Statutul Societatii Europene.

Conform Regulamentului European nr.2157/2001, Societatea europeana nu se poate constitui direct ca atare ci numai indirect, prin patru modalitati³:

a) prin fuziunea a doua sau mai multe societati anonime constituite in temeiul dreptului unui stat membru, avand sediul social si administratia centrala in cadrul Comunitatii, cu conditia ca cel putin doua dintre ele sa fie reglementate de dreptul unor state membre diferite;

b) prin constituirea unei Societati Europene Holding de catre societati anonime si societati cu raspundere limitata constituite in temeiul dreptului unui stat membru, avand sediul social si administratia centrala pe teritoriul Comunitatii daca cel putin doua dintre ele sint reglementate de dreptul unor state membre diferite sau detin de cel putin doi ani o filiala reglementata de dreptul unui alt stat membru sau o sucursala pe teritoriul altui stat membru;

c) prin constituirea unei filiale Societate Europeana de catre societati sau alte entitati juridice de drept public sau privat constituite in temeiul dreptului unui stat membru, avand sediul social si administratia centrala pe teritoriul Comunitatii daca cel putin doua dintre ele sint reglementate de dreptul unor state membre diferite sau detin de cel putin doi ani o filiala reglementata de dreptul unui alt stat membru sau o sucursala pe teritoriul altui stat membru;

d) prin transformarea in SE a unei societati anonime constituite in temeiul dreptului unui stat membru, avand sediul social si administratia centrala pe teritoriul Comunitatii si dacă deține de cel puțin doi ani o filială reglementată de dreptul altui stat membru.

Societatea anonima europeana¹ este o societate de capital pe actiuni, cu un capital social subscris ce nu poate fi mai mic de 120.000 Euro si dobandeste statut de persoana

¹ F.Blanquet, "Pourquoi creer une societe europeenne?", in: La societe europeenne, Dalloz, Paris, 2003, p.5; Jacques Beguin, Michel Menjucq – G.Bourdeaux, A.Couret, B.Le Bars, D.Mainguy, H.Ruiz Fabri, J.-M.Sorel, C.Seraglini, Droit du commerce international, Litec, LexisNexis, Paris, 2005, p.200-p.214;

² O.U.G. nr.52/21.04.2008 pentru modificarea si completarea Legii nr.31/1990 privind societatile comerciale si pentru completarea Legii nr.26/1990 privind registrul comertului, publicata in M.Of., Partea I nr.33 din 30.04.2008;

³ Reglementarea romana nu contine dispozitii speciale privind constituirea Societatii Europene facind trimitere in acest sens la reglementarea europeana: "In sensul prezentei ordonante de urgenta, societatea europeana este societatea pe actiuni constituita in conditiile si prin mecanismele prevazute in Regulamentul Consiliului (CE) nr.2157/2001 din 8 octombrie 2001 privind statutul societatii europene" – art.IV alin.1 din O.U.G. nr.52/2008;

juridica de la data inmatricularii ei in Registrul National din statul membru in care isi are sediul social si administratia centrala respectiv de la data inmatricularii in Registrul Comertului pentru cele cu sediul social in Romania, fara ca inmatricularea ei sa se poate efectua daca societatea nu a incheiat un acord prealabil privind implicarea angajatilor in activitatea societatii, in conditiile prevazute de Hotarirea Guvernului nr.187 din 20.02.2007 privind procedurile de informare, consultare si alte modalitati de implicare a angajatilor in activitatea Societatii Europene².

Chiar daca Regulamentul privind Statutul Societatii Europene a fost transpus in legislatia interna a multor state³, modificarile realizate de acesta ***nu conduc si nu pot conduce pentru moment la o revolutie in materia societatilor comerciale ce functioneaza in spatiul european avand in vedere ca, societatea europeana este dotata cu o identitate europeana obligatorie dar limitata, nu beneficiaza de avantajul nationalitatii europene⁴, statutul organic al acestor societati este guvernat –in principal- de legea statului membru in care Societatea europeana isi are sediul si, principiul mobilitatii acesteia este afectat prin dreptul de opozitie aflat la indemina autoritatilor publice din statul membru gazda, opozitie intemeiata pe ratiuni de interes public⁵, in cazul intentiei mutarii sediului intr-un alt stat membru.***

Dorinta de afirmare a unei adevarate identitati europene (*“label europeen”*) suprapusa pe ***avantajele evidente ale Societatii Europene: simplificarea structurii unui grup de societati, imbunatatirea eficacitatii operationale, mobilitate, s.a. au determinat mari actori ai pietei europene sa constituie societati anonime europene.***

Grupul Allianz a devenit emblematic in aceasta directie prin talia si prezenta sa in toata Europa, reprezentand pe piata asiguratorilor unul din principalii actori.

Allianz SE s-a constituit prin fuziunea intre Allianz AG- societate holding a grupului si filiala sa italiana: Riunione Adriatica di Sicurtà s.p.a. (RAS) . Operatiunea s-a desfasurat pe parcursul unui an, reprezentand momentul anuntului de constituire a SE si momentul inmatricularii Allianz SE la Munchen in 13 octombrie 2006.

Constituirea Allianz SE a reprezentat prima fuziune-absorbtie sub reglementarea Societatilor Europene.

¹ Prezentare completa a Societatilor Europene si a evolutiei acestora in Raportul: “Societas Europaea pour une citoyenneté européenne de l’entreprise” din 19 martie 2007, prezentat de Noelle Lenoir si realizat in colectiv de Ronan Guerlot, Mirko Hayat, Erwan le Meur, Marii-Laure Combet, Marc Guillaume, Reinhard Dammann, Michel Menjucq, publicat pe site-ul Ministerului de Justitie al Frantei: www.justice.gouv.fr; Jacques Beguin, Michel Menjucq – G.Bourdeaux, A.Couret, B.Le Bars, D.Mainguy, H.Ruiz Fabri, J.-M.Sorel, C.Seraglini, Droit du commerce international, LexisNexis, Ed.Litec, Paris, 2005, p.200-21.; Elena Emilia Stefan, “O noua forma de societate, Societatea Europeana (I) (Societas Europaea)”, Revista de Drept Comercial, nr. 1/2007, p.104;

² Hotarirea Guvernului nr.187 din 20.02.2007 privind procedurile de informare, consultare si alte modalitati de implicare a angajatilor in activitatea Societatii Europene, Publicata in M.Of.Partea I nr.161 din 07/03.2007;

³ Spre exemplu, Franta este statul membru in care intreaga legislatie comunitara a fost transpusa , inclusiv cea privind Societas Europaea – Legea nr.2005-842 din 26 iulie 2005, Publicata in Jurnalul Oficial din 27 iulie 2005 , regasita in C.com.fr. in art.L 229.1 – L229-15.

⁴ V.J.Beguin, “Le rattachement de la société européenne”, in: La société européenne, Dalloz, Paris, 2003, p.31 si urm.;

⁵ Temeiul dreptului de opozitie a fost criticat fiind considerat mult prea general si generator de insecuritate juridica; in acest sens, Raportul Noelle Lenoir, op.cit.

Presedintele Allianz a declarat ca, alegerea acestei forme societare a avut ca ratiune esentiala reunificarea acestor intreprinderi din acelasi sector datorita aspectului alocarii intre structurile componente a fondurilor proprii.

Viel et Compagnie-Finance prima SE franceza creata in 2006 prin transformare, este lider mondial in intermediari bancare. Activitatea sa este esentialmente internationala, are mai mult de 2000 de salariati, este prezenta in 28 de tari, piata din New-York si Londra reprezentind 2/3 din cifra sa de afaceri¹.

Pina la 1 iulie 2008 erau inregistrate 168 de Societati Europene² de diferite marimi (inclusiv afaceri de familie) ce functioneaza in diverse domenii de activitate.

Prin Regulamentul nr.1435 din 23 iulie 2003 privind statutul societatii cooperative europene³ (SCE) si Directiva 2003/72/CE⁴ privind implicarea salariatilor intr-o societate cooperativa europeana , se face un nou pas in uniformizarea dreptului cooperatist si se raspunde aspiratiilor a peste 300.000 de cooperative din Europa in care lucreaza peste 2,3 milioane de persoane, cooperative ce furnizeaza servicii la aproximativ 84 milioane de membrii⁵.

In Romania, societatile cooperative europene sint reglementate prin **O.U.G. nr.52/21.04.2008** pentru modificarea si completarea Legii nr.31/1990 privind societatile comerciale si pentru completarea Legii nr.26/1990 privind registrul comertului si, in baza acestei reglementari, si de Regulamentului european nr.1435/2003 si de Directiva 2003/72/CE si de H.G.nr.187/2007 privind implicarea lucratorilor.

***Societatea cooperativa europeana** reprezinta, in sensul reglementarii romane, societatea al carei capital este divizat in parti sociale, care are ca obiect principal satisfacerea nevoilor si/sau dezvoltarea activitatilor economice si sociale ale membrilor sai si care este constituita in conditiile si prin mecanismele prevazute de Regulamentul Consiliului (CE) nr.1435/2003 din 22 iulie 2003 privind statutul societatilor cooperative europene (art.IV alin.2 din O.U.G. nr.52/2008).*

Societatea cooperativa europeana este considerata o societate <<acapitalista>>⁶ prin capitalul acesteia de 30.000 Euro si prin obiectivele sale specifice: satisfacerea nevoilor și/sau dezvoltarea activităților economice și sociale ale membrilor săi, în special

¹ Raportul Noelle Lenoir, www.justice.gouv.fr si Libertas-Europaisches Institut GmbH – www.libertas-institut.com;

² Sursa: Statisticile SE furnizate de Libertas-Europaisches Institut GmbH – www.libertas-institut.com ;

³ Regulamentul nr.1435/2003, 22 iulie 2003, publicat in J.O. L 207 din 18.08.2003, aplicabil din 18 august 2006;

⁴ Directiva privind implicarea salariatilor nr.2003/72/CE din 22 iulie 2003, publicata in JOUE nr.L 207 din 18 august 2003, p.25;

⁵ Sursa: Jacques Beguin, Michel Menjucq – G.Bourdeaux, A.Couret, B.Le Bars, D.Mainguy, H.Ruiz Fabri, J.-M.Sorel, C.Seraglini, op.cit., p.227;

⁶ Calificare existenta in Raportul Noelle Lenoir :”Societas Europaea pour une citoyennete europeenne de l’entreprise” din 19 martie 2007 si realizat in colectiv de Ronan Guerlot, Mirko Hayat, Erwan le Meur, Marii-Laure Combet, Marc Guillaume, Reinhard Dammann, Nichel Menjucq, publicat pe site-ul Ministerului de Justitie al Frantei: [www.justice.gouv.fr.](http://www.justice.gouv.fr), p.156-159; calificarea este sustinuta si de I.L.Georgescu in Drept Comercial Roman, op.cit., p.641 ;

prin încheierea unor acorduri cu aceștia, în vederea furnizării de bunuri sau de servicii sau a execuției de lucrări în cadrul activității exercitate sau controlate de SCE.

Fiind un instrument comunitar, societatea cooperativa europeana contine in mod obligatoriu un element de extraneitate: persoanele fizice si juridice ce o constituie apartin –in mod obligatoriu- cel puțin a doua state membre.

Ca modalitati de constituire Regulamentul European permite **constituirea SCE atit indirect, prin metodele obisnuite:** fuziune transfrontaliera sau transformarea unei societati cooperative nationale cit si **direct – ex nihilo:**

- *de către cel puțin cinci persoane fizice rezidente în cel puțin două state membre,*
- *de către cel puțin cinci persoane fizice și societăți în sensul articolului 48 al doilea paragraf din tratat, precum și de către alte entități juridice de drept public sau privat, constituite în conformitate cu legislația unui stat membru rezidente în cel puțin două state membre sau reglementate de legislația a cel puțin două state membre,*
- *de către societăți în sensul articolului 48 al doilea paragraf din tratat, precum și de alte entități juridice de drept public sau privat, constituite în conformitate cu legislația unui stat membru, rezidente în cel puțin două state membre sau reglementate de legislația a cel puțin două state membre.*

În statutul SCE se regasesc **vechi principii cooperatiste:** „*Un om, un vot*” precum si principiul exclusivismului, în sensul ca, nu lucreaza decit pentru membrii sai: SCE nu poate admite ca nemembrii să beneficieze de activitățile sale sau ca aceștia să participe la operațiunile sale, cu excepția cazului în care se prevede altfel în statut.

Implicarea salariatilor în activitatea Societatii cooperative europene este similara implicarii în Societatea Europeana.

Regulamentul privind SCE este construit pe principalele principii ale Societatii anonime europene, SCE beneficiind de personalitate juridica, de statut de societate pe actiuni, de mobilitate intracomunitara (prin prevederile privind mutarea sediului social si fuziunile transfrontaliere).

Societatea privata europeana (SPE) va reprezenta un nou participant la activitatea comerciala. În vederea creării unei forme suple de societate europeana, Comisia Europeana a realizat un studiu pentru fezabilitatea unui statut european al întreprinderilor mici si mijlocii (PME –“*Les petites et moyennes entreprise*”) în baza rezultatelor acestora pina la nivelul lunii decembrie 2005.

În baza Comunicării Comisiei către Consiliu și Parlament din 21 mai 2003: *”Modernizarea dreptului societăților comerciale și consolidarea guvernării corporatiste”*¹

¹ În viziunea Bancii Mondiale, guvernarea corporatista se refera la structurile si procesele de conducere si control ale unei societati. Ea priveste relatiile între management, consiliul directorilor, actionarii majoritari, cei minoritari si alte categorii de actionari. O buna guvernare corporatista contribuie la dezvoltare economica necesara (autosuficienta) prin cresterea performantelor companiei si accesul acesteia la capital exterior – conform definitie data de Banca Mondiala în : www.ifc.org/ifcext/economics; Analiza ampla a semnificatiei notiunii de guvernare corporatista a societăților comerciale în: John Lowry, Alan Dignam, Company Law, Third edition, Oxford University Press, 2006, p.387; Gh.Piperea, Societati Comerciale, piata de capital. Acquis comunitar, Ed.ALL Beck, Bucuresti, 2005, p.534-593;

in UE. Un plan pentru a avansa”¹ si a Raportului Comisiei pentru afaceri juridice a Parlamentului din 29.11.2006², Parlamentul European a adoptat la 1 februarie 2007 Rezolutia continand recomandarile catre Comisie privind statutul societatii private europene³ si solicitarea ca, in cursul anului 2007 Comisia sa prezinte o propunere legislativa in conformitate cu recomandarile Parlamentului urmand sa fie adoptat in forma legislativa Statutul SPE.

In stadiul de proiect realizat si prezentat in vara anului 2008, SPE prezinta **caracteristicile unei veritabile entitati europene**, proiectul (inspirat din societatile pe actiuni simplificate franceze - SAS) avand o logica diferita de cea avuta in vedere la societatea europeana in sensul crearii unui statut autonom in raport cu legislatiile nationale europene.

Statutul organic al SPE va fi guvernat de Regulamentul European privind SPE (in acest sens, toate domeniile legale ce intra sub incidenta Regulamentului vor fi retrase de sub competenta statelor membre) si, in anumite domenii (prevazute in Anexa I a Regulamentului) de prevederile din Statutul/Actul Constitutiv al SPE. Prin exceptie, doar in acele domenii nereglementate in Regulamentul european sau Actul Constitutiv al SPE se va avea in vedere „legea nationala aplicabila” respectiv legea statului membru pe al carui teritoriu societatea s-a inmatriculat referitoare la societatile cu raspundere limitata.

Dreptul national aplicabil va reglementa numai aspectele ce tin de dreptul muncii, dreptul fiscal si dreptul insolventei.

SPE se va putea constitui *direct/ex nihilo sau indirect* prin transformare, sau ca urmare a unei divizari sau fuziuni intre societati existente sau in contextul unei filiale comune si va putea imbraca forma unei societati unipersonale.

Capitalul social minim al SPE de 1 Euro -ce nu va fi in mod necesar varsat- va fi impartit in actiuni ce nu vor putea sa faca obiectul unei oferte publice si nu vor putea fi tranzactionate pe o piata reglementata.

Prin cuantumul minim simbolic al capitalului social Regulamentul european privind SPE va reprezenta prima reglementare europeana care se detaseaza de conceptia traditionala ce considera ca, exigentele capitalului minim de o anumita valoare protejeaza creditorii.

Datele si studiile recente au demonstrat ca, creditorii apreciaza alte aspecte mult mai eficace pentru a masura solvabilitatea debitorului lor (fluxul de trezorerie, spre exemplu).

Sediul statutar si administratia centrala sau principalul loc al afacerilor al SPE trebuie sa fie stabilite in Comunitate fara a avea obligatia de stabilire a administratiei centrale sau a principalului loc al afacerilor in statul membru al sediului statutar.

¹ Comunicarea Comisiei catre Consiliu si Parlament din 21 mai 2003 Intitulata: ”Modernizarea dreptului societatilor comerciale si consolidarea guvernarii corporatiste in UE.Un plan pentru a avansa”, COM(2003)284, celex:52003DC0284;

² Raportul din 29 noiembrie 2006 al Comisiei pentru afaceri juridice al Parlamentului European, continind recomandari catre Comisia Europeana privind statutul societatii private europene si propunere de Rezolutie a Parlamentului European in aceasta directie [2006/2013 (INI)] raportor Klaus-Heiner Lehne, stadiul procedurii :A6-0434/2006; Acest raport este fondat pe un proiect de regulament privind statutul SPE promovat in comun de MEDEF si CCIP;

³ Rezolutie a Parlamentului European:2006/2013 (INI);

SPE se inmatriculeaza in statul membru in care si-a stabilit sediul statutar, in registrul desemnat de dreptul national al acestui stat si, va dobandi personalitate juridica din ziua inmatricularii.

Proiectul SPE exclude aplicarea regulilor nationale de responsabilitate civila a administratorilor si, prevede o responsabilitate *“pentru comportament contrar datoritiilor lor si diligentei rezonabile cerute de conduita afacerilor”*, tip de responsabilitate de origine anglo-saxona (*“fiduciary duties”*)¹.

Astfel cum este preconizat a fi reglementat **SPE va reprezenta mai mult decat o optiune suplimentara si viabila de constituire a societatiilor comerciale** (in afara formelor nationale) **si va da posibilitatea intreprinderilor mici si mijlocii de a exercita activitate transfrontaliera in forma unificata.**

Rolul **marilor participanti necomercianti** la activitatea comerciala: persoanele juridice de drept public: statele, unitatile lor administrativ teritoriale, organismele de drept public, este in crestere avand in vedere, in primul rind, importanta sectoarelor de activitate comerciala in care intervin si marimea afacerilor derulate de catre acestia.

Prevederea din Codul comercial roman privind incapacitatea speciala a acestor entitati de a dobandi calitatea de comerciant (*“Statul, judetul si comuna nu pot avea calitatea de comercianti”*-art.8 c.com.) este pe deplin justificata si isi mentine actualitatea chiar daca, in prezent, ne aflam in cu totul alt context decat cel ce a determinat adoptarea unei astfel de solutii.

Existenta, modul de functionare si scopul acestor entitati nu ne permit incadrarea lor in categoria comerciantilor.

Implicarea statului roman in activitatea comerciala -in fapt, existenta capacitati necesare de a savarsi fapte de comert²-, este permisa atat de norme nationale (Decretul nr.31 din 1954, art.25: *“Statul este persoana juridica in raporturile la care participa nemijlocit, in nume propriu, ca subiect de drepturi si obligatii. El participa in astfel de raporturi prin Ministerul Finantelor, afara de cazurile in care legea stabileste anume alte organe in acest scop.”*) cat si de acte internationale (Carta drepturilor si indatoririlor economice ale statelor art.4 teza I: *“Fiecare stat are dreptul la practicarea comerțului internațional și a altor forme de cooperare economică”*³).

La o atenta analiza, se constata ca, participare directa a statului la activitatea comerciala este exceptionala. Contractele incheiate de stat prin intermediul Ministerului Economiei si Finantelor sau al Bancii Nationale a Romaniei –parte a obligatiilor ce reprezinta datorie publica⁴- sub forma acordurilor de imprumut sau de compensare

¹ Acest tip de responsabilitate este criticat in Raportul Noelle Lenoir, op.cit., datorita ambiguitatii si caracterului sau general ce poate genera numeroase intelesuri;

² Distinctia intre capacitatea de a fi comerciant si capacitatea de a savarsi fapte de comert este sustinuta si analizata de Tudor R.Popescu, Dreptul Comertului International, Editia a doua, Ed.Didactica si Pedagogica, Bucuresti, 1983, p.66-67;

³ Adoptata de Organizatia Natiunilor Unite prin Rezolutia nr.3281 din 12.12.1984, Publicata in BRO nr.0-01.01.2001;

⁴ O.U.G. nr.64/2007 din 27.06.2007 privind datoria publica, publicata in M.Of.nr.439 din 28.06.2007;

incheiate cu institutii financiare internationale, a acordurilor de imprumut subsidiare, a garantiilor de stat, a emisiunilor de titluri de stat si a altor instrumente financiare specifice si vnzarea acestora, contractele de privatizare¹, reprezinta fapte de comert care insa, datorita statutului special al cel puțin unuia dintre contractanti: statul roman, au regim special.

Acest **regim special** se concretizeaza in anumite situatii in necesitatea ratificarii contractelor de catre Parlamentul Romaniei, in posibilitatea statului de a mentine prerogativa rezilierii unilaterale a contractelor de interes public, in activarea principiului universal al imunitatii de jurisdicție a statelor straine, a arbitrabilitatii specifice a litigiilor nascute din aceste acte juridice speciale s.a.

In toate aceste cazuri, *consideram ca statul participa la activitatea comerciala ca titular al propriului patrimoniu si in gestionarea acestui patrimoniu (de jure gestionis), raporturile juridice ce iau astfel nastere fiind raporturi juridice de drept privat supuse –in principiu- legilor comerciale². Aceasta apreciere este insa contrazisa de prevederile legale.*

Participarea statului la activitatea comerciala prin incheierea de contracte de achizitii publice sau contracte de concesiune este nuantata si abordata diferit de doctrina si de prevederile legale:

a) Directiva 2004/17/CE³ si Directiva 2004/18/CE⁴ acorda statului posibilitatea de a incheia direct un contract de achizitie publica sau de concesiune indicandu-l in categoria entitatilor contractante avind statut de autoritate contractanta (*<<Sunt considerate „autorități contractante”: statul, colectivitățile teritoriale, organismele de drept public și asociațiile formate din una sau mai multe din aceste colectivități sau unul sau mai multe organisme de drept public>>*).

Insa, **Legea romana privind achizitiile publice si concesiunile obisnuite** – (O.U.G. nr.34/2006⁵) nu indica aceasta posibilitate, statul roman neavind statut de autoritate contractanta.

¹ Prezentare detaliata a modalitatilor de participare a statului roman la activitatea comerciala in Dragos-Alexandru Sitaru, Dreptul Comertului International, Partea generala, Ed.Lumina Lex, Bucuresti, 2004, p.462- p.475;

² Opinie similara: Stanciu D.Carpenaru, Tratat de drept comercial roman, op.cit., p.77; Dragos-Alexandru Sitaru, op.cit., p.258-259; Jean-Michel Jacquet, Plillipe Delebecque, Droit du commerce international, 2e edition, Dalloz, Paris, 2000, p.291; Opinie contrara conform careia in conceptia franceza, actele de comert sunt savarsite esentialmente de comercianti, prin urmare, statul francez francez nu poate face acte comerciale pentru ca nu are calitatea de comerciant. In aceasta opinie, chiar daca interventia statului in activitatea comerciala a devenit frecventa actele astfel savarsite nu sunt comerciale: G.Ripert, R.Roblot – Michel Germain, Louis Vogel, Traite de Droit Commercial, Tome 1, 17e edition, L.G.D.J., Paris, 1998, p.199-p.201;

³ Directiva 2004/17/CE din 31.03.2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achizitii in sectoarele apei, energiei, transporturilor si serviciilor postale, publicata in JO L 134/1 din 30.04.2004;

⁴ Directiva 2004/18/CE din 31.03.2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achizitii publice de lucrari, de bunuri si de servicii, publicata in JO L 134/114 din 30 aprilie 2004;

⁵ O.U.G. nr.34/2006 din 19.04.2006 privind atribuirea contractelor de achizitie publica, a contractelor de achizitie publica, a contractelor de concesiune de lucrari publice si a contractelor de concesiune de servicii, Publicata in M.Of.Partea I nr.418 din 15.05.2006, aprobata prin Legea nr.337/2006 din 17.07.2006, publicata in M.Of.Partea I nr.625/20.07.2006;

Practic, **statul nu participa direct la încheierea contractelor de achiziții publice și de concesiune** ci, prin intermediul organismelor sale care încheie aceste acte în nume propriu, gratie personalitatii lor juridice reprezentând deci, entități distincte de statul român¹.

b) **In cazul contractelor de concesiune a bunurilor proprietate publică**² **statul este participant direct, în calitate de concedent al unor bunuri proprietate sa publică,**__ministerele sau alte organe de specialitate ale administrației publice centrale lucrînd în numele statului.

c) Pe de altă parte, în prezent, de lege lată³, **contractele de achiziții publice și de concesiune a bunurilor proprietate privată sunt calificate ca și contracte administrative, contracte aparținînd dreptului public**⁴.

În acest context legislativ, participarea statului la activitatea comercială sub această formă pare a ieși din discuție.

Participarea indirectă a statului la activitatea comercială se realizează prin intermediul organismelor sale⁵: **autoritățile publice sau instituții publice care acționează la nivel central ori la nivel regional sau local:** ministere, unități administrative teritoriale: comune, orașe, municipii, județe, municipiul București și sectoarele municipiului București, Autorități Naționale de Reglementare, prin intermediul întreprinderilor publice și, prin participarea la societăți comerciale private [S.C.Romtelecom S.A. (la care statul român reprezentat de Ministerul Comunicațiilor și Tehnologiei Informației deține 45,99% din capitalul social iar, S.C.OTE International Investments Ltd., Grecia deține 54,01%⁶), S.C.Distrigaz Sud S.A. (la care statul român deține 49% din capitalul social și Grup Gaz de France deține 51%⁷)] .

¹ Opinie contrară în: Dragos-Alexandru Sitaru, op.cit., p.460;

² O.U.G. nr.54/2006 din 28.06.2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică, publicată în M.Of., Partea I nr.569 din 30.06.2006, aprobată prin Legea nr.22/2007 din 11.01.2007, publicată în M.Of., Partea I nr.35 din 18.01.2007;

³ Art.2 alin.1 lit.c din Legea nr.554/2004 a contenciosului administrativ: "sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative supuse competenței instanțelor de contencios administrativ";

⁴ Studiu complet privind evoluția concepțiilor privind contractele de achiziții publice și de concesiune a bunurilor proprietate publică a statului în Ion Bacanu, "*Soluționarea prin arbitraj a litigiilor izvorite din contractele de achiziție publică, de concesiune de lucrări publice și de servicii, precum și de contractele de concesiune de bunuri proprietate publică*", în Revista de Drept Comercial nr.7-8/2007, p.146-167;

⁵ Această "nouă" tehnică utilizată de stat este sesizată de I.L.Georgescu în: Drept Comercial Român, Vol.I, Ed.All Beck, 2002, p.385;

⁶ Sursa: S.C.Romtelecom S.A. –
http://www.romtelecom.ro/ro/companie/relatii_cu_investitorii/actionari.html;

⁷ Sursa: S.C.Distrigaz Sud S.A- www.distrigazsud.ro;

Unitatile administrativ teritoriale participa direct si permanent la activitatea comerciala, multitudinea formelor de participare impiedicand o enumerare a acestora.

În temeiul Legii administratiei publice locale nr.215/2001¹, unitatile administrativ teritoriale, sunt persoane juridice de drept public, au patrimoniu propriu si evident, sunt proprietare ale bunurilor aflate în domeniul lor privat sau public si pot înfiinta societati comerciale prestatoare de servicii publice sau de utilitate publica de interes local sau judetean.

Valorificarea, administrarea si conservarea bunuri din patrimoniul lor, obtinerea de fonduri suplimentare la bugetele acestor entitati se realizeaza în mare masura prin savirsirea de fapte de comert² cu limitările stabilite în cazul bunurilor din domeniul public ce pot face doar obiectul unui contract de administrare, inchiriere sau concesiune.³

Conform reglementarii lor legale, Ordonanta Guvernului nr.26/2000⁴, **asociatiile si fundatiile sunt persoane juridice de drept privat , fara scop patrimonial, înfiintate în vederea desfășurarea unor activități de interes general sau în interesul unor colectivități ori, după caz, în interesul lor personal nepatrimonial.**

Asociatiile si fundatiile nu au calitate de comerciant datorita scopului lor nepatrimonial dar, participa direct si indirect la activitatea comerciala.

Desfasurarea directa a activitatii comerciale este conditionata de accesorialitatea si strinsa legatura a acestei activitati raportate la scopul lor principal.

Participarea indirecta la activitatea comerciala a asociatiilor si fundatiilor se realizeaza prin înfiintare de societati comerciale.

În aceasta situatie, dividendele obtinute de aceste societati comerciale nu pot avea decît doua destinatii: reinvestirea în aceleași societăți comerciale sau utilizarea lor pentru realizarea scopului asociației sau fundației.

Asociația este subiectul de drept constituit de trei sau mai multe persoane care, pe baza unei înțelegeri, pun în comun și fără drept de restituire contribuția materială, cunoștințele sau aportul lor în muncă pentru realizarea unor activități în interes general, comunitar sau, după caz, în interesul lor, personal nepatrimonial.

Fundația este subiectul de drept înființat de una sau mai multe persoane care, pe baza unui act juridic între vii ori pentru cauză de moarte, constituie un patrimoniu afectat, în mod permanent și irevocabil, realizării unui scop de interes general sau, după caz, comunitar.

¹ Legii administratiei publice locale nr.215/23.04.2001, publicata în M.Of., Partea I nr.204/23.04.2001, Republicare 1 , M.Of., Partea I nr.123/20.02.2007, cu modificarile si completarile ulterioare;

² În acelasi sens, Stanciu D.Carpenaru, Tratat de drept comercial roman, op.cit., p.85, cu nuanțările si bibliografia indicata de autor;

³ În baza Legii nr.213/1998 privind proprietatea publica si regimul juridic al acesteia, publicata în M.Of.Parteia I nr.448 din 24/11/1998;

⁴ O.G.nr.26/2000 privind asociatiile si fundatiile, publicata în M.Of. Partea I nr.39 din 31/01/2000.

IV. Concluzii

Noile forme de constituire a participantilor la activitatea comerciala indica preocuparea permanenta de a gasi cele mai bune solutii pentru facilitarea accesului la activitatea comerciala.

Legislatia europeana este cea care a impus, in legislatia statelor membre, regandirea aspectelor esentiale ale persoanelor juridice, participanti traditionali la activitatea comerciala si, acceptarea reglementarii corespondentilor acestora la nivel european, in variante suplimentare si adecvate abordarii moderniste a necesitatilor relevate de practica comerciala nationala si europeana.

ASPECTE DE DREPT FISCAL INTERNAȚIONAL ÎN CONTEXTUL ADERĂRII ROMÂNIEI LA U.E.

Asistent Univ. Dr. SIMONA CHIRICĂ
Academia de Studii Economice, București

As of the integration into European Union, Romania can not ignore the European tax law. On the one hand, Romania is obliged to contribute to E.U. budget and will participate to creation of community tax law through Councils decisions. On the other hand, Romania is bound to observe the community tax law. The objectives of the Economic Community and respectively of the member states are partially different, aspect that influences the allocation of competences: on the one hand, the objectives of Community is to realize an economic and monetary union and a commune market that assures free movement of goods, services and capital and of freedom of establishment. On the other hand, the member states are liable for the public expenses in areas like health, education, defense, public administration, justice.

European tax law

Sovereignty of fiscal systems

National legislative measures

În temeiul suveranității cele 27 de state membre ale U.E. au libertatea de a stabili și impune taxe și impozite, cu precădere în domeniul impozitării directe, atât în ceea ce privește impozitarea veniturilor persoanelor rezidente cât și a celor nerezidente realizate pe teritoriul statului.

1. SUVERANITATEA FISCALĂ

Reconstrucția unei noi ordini internaționale după cel de-al doilea război mondial (1939- 1945) a implicat impunerea în relațiile dintre state a unor reguli de conduită de natură politică, monetară, economică, socială și comercială. La momentul respectiv, statele în calitatea lor de actori ai scenei politice mondiale și-au arătat preocuparea pentru implementarea unei asemenea ordini prin încheierea de convenții internaționale.¹

În acest scop, prin acordurile internaționale au fost adoptate norme juridice referitoare atât la desfășurarea comerțului internațional cât și la principiile și regulile care stau la baza acestuia, cum ar fi: mecanismul de funcționare a sistemului monetar internațional², utilizarea energiei atomice³, dreptul mării, proprietatea intelectuală⁴, etc. În continuare statele au înființat organizații și organisme internaționale în scopul „legiferării”, implementării și controlului aplicării acestor norme juridice convenite în cadrul acordurilor

¹ În domeniul comercial - Acordurile generale pentru Tarife și Comerț (G.A.T.T.), care au drept scop eliminarea sau reducerea taxelor vamale, a restricțiilor în schimbul de mărfuri.

² Acordurile de la Breton Woods din anul 1945, prin care s-au înființat Fondul Monetar Internațional (F.M.I) și Banca internațională pentru Reconstrucție și dezvoltare (B.I.R.D).

³ Tratatul instituind C.E.E.A./Euratom, semnat în 25 martie 1957 la Roma.

⁴ Organizația Mondială a Proprietății Intelectuale (O.M.P.I.).

și convențiilor internaționale. Prin urmare, în practica internațională „este tot mai larg acceptată ideea că acțiunile statelor nu sunt discreționare ci se întemeiază pe regulile de drept internațional convenite”.¹

Deși domeniile supuse reglementării dreptului internațional sunt într-o continuă diversificare, statele își păstrează totuși anumite „zone” esențiale de competență națională, cum ar fi: stabilirea formei de stat, organizarea politică internă, organizarea administrativ – teritorială, apărarea și securitatea națională, politica economică, fiscală, etc.

Domeniul dreptului fiscal este considerată în principal una din aceste „zone”, în care nu există organizații sau organisme internaționale cu competențe de legiferare la nivel internațional cu privire la impozite sau alte taxe aplicabile statelor.

Competența exclusivă a unui stat în domeniul fiscal, în baza căreia acesta este neîngrădit să instituie și să încaseze impozitele și taxele în teritoriul suveran, este cunoscută sub denumirea de *suveranitate fiscală*. Excepția intervine în situația unui transfer de competență în domeniul dreptului fiscal² prin intermediul convențiilor internaționale prin care statele agreează o derogare de la regula generală de competență suverană fiscală exclusivă.

Astfel, fiecare stat are libertatea de a stabili sistemul fiscal pe care îl instituie, de a defini impozitele ce compun acel sistem, de a preciza subiecții impunerii, de a determina baza de impozitare, de a dimensiona cotele de impunere, de a fixa termenele de plată, de a acorda înlesniri fiscale, de a stabili sancțiuni fiscale, de a institui căi de atac și procedura de soluționare a litigiilor fiscale, etc.³

Păstrarea suveranității fiscale a statelor poate fi întemeiată pe ideea adaptării politicii fiscale a unui stat în special în funcție de politica fiscală, socială, de caracteristicile sociale ale acestuia, de dezvoltarea economică a statului, de nivelul de trai, de rata inflației, de indicatorii economici, de bugetul de stat, de natalitate, de gradul de îndatorare, etc. În acest context, aplicarea unei politici fiscale unitare mai multor state poate produce în același timp efecte negative pentru unele dintre ele și efecte pozitive pentru celelalte.⁴

Se poate concluziona astfel că deosebirea dintre suveranitatea fiscală și suveranitatea politică constă în faptul că, prima reprezintă doar o parte din cea de-a doua. Distincția dintre teritoriul fiscal și teritoriul unui stat suveran se argumentează prin posibilele situații în care teritoriul fiscal poate fi mai restrâns (de exemplu: statele federale) sau mai extins (de exemplu: Uniunea vamală a U.E.) decât teritoriul unui stat suveran.

¹ R. Miga- Beștelu, „Drept internațional. Introducere în dreptul internațional public.”, Editura All- B, Ediția 1998, pag. 8.

² Vezi transferul de competențe în cadrul statelor membre U.E. Acestea au convenit asupra transferului de competență fiscală doar în domeniul dreptului vamal. Potrivit art. 25 din Tratatul instituind Uniunea Europeană de la Amsterdam, „taxele vamale la import și export și taxele vamale cu efect echivalent sunt interzise între statele membre. Interdicția se va aplica de asemenea taxelor vamale de natură fiscală”. Art. III-152 din Tratatul instituind o nouă Constituție pentru Europa: „În limitele domeniului de aplicare a Constituției, legile sau legile-cadru europene stabilesc măsuri pentru consolidarea cooperării vamale între statele membre și între acestea și Comisie.”

³ I. Condor- „Evitarea dublei impuneri internaționale”, Editura Regia Autonomă „Monitorul Oficial”, București, 1999, pag. 31.

⁴ De exemplu: Danemarca - cota de impozitare de aproape 60% pe venit/profit; Franța - mai puțin de 25%.

2. ARMONIZAREA POLITICII FISCALE ÎN CONTEXTUL INTERNAȚIONAL

Piața Unică a Uniunii Europene presupune și o armonizare fiscală la nivelul statelor membre. Din această perspectivă frontiera fiscală reprezentată de detaxarea exportului și taxarea importului dispare ca mecanism al formalităților și al amânărilor din interiorul acestei Piețe.

Statele membre, dar și cele nemembre ale Comunității Europene trebuie să acționeze în mod concertat în vederea prevenirii eroziunii încasărilor fiscale și păstrării, în acest mod, a suveranității lor în domeniul fiscal. Pentru soluționarea problemelor interdependente, care presupun o abordare coordonată la nivel comunitar, politica fiscală a fiecărui stat trebuie să acționeze pe mai multe planuri:

- în materie de T.V.A. se impune un sistem simplu, obiectiv și modern, care să răspundă atât operațiunilor intracomunitare, cât și celor naționale;
- realizarea unei aproprieri a ratei accizelor;
- în ceea ce privește impozitarea persoanelor fizice, este necesară aplicarea unui tratament nediscriminatoriu pentru lucrătorii transfrontalieri și contribuabilii nerezidenți;
- în legătură cu fiscalitatea agenților economici se impune desființarea barierelor fiscale asupra fluxurilor transfrontaliere de venituri în baza libertății de stabilire (de ex.: tratament discriminatoriu al filialelor și întreprinderilor cu sediul stabil în alte țări membre ale Comunității).¹

Armonizarea fiscală pe teritoriul Uniunii Europene se realizează în jurul obiectivului principal, și anume, aplicarea principiului țării de origine în raport cu impozitarea indirectă, mai ales a T.V.A., care are ponderea cea mai ridicată în cadrul impozitelor indirecte.

Realizarea acestui obiectiv necesită în opinia doctrinei juridice soluționarea anumitor aspecte:

- natura juridică a T.V.A., pentru că indiferent de locul perceperii (în țara de origine sau de destinație), aplicarea acesteia dă dreptul reducerii sale;
- probleme de trezorerie, dat fiind faptul că T.V.A. este o importantă sursă de venit public;
- probleme de echitate economică, deoarece unele țări membre ale Comunității Europene sunt preponderent exportatoare, iar altele importatoare.²

3. DREPTUL FISCAL EUROPEAN

Normele dreptului comunitar vor alocate în sens extins ramurii „dreptului fiscal internațional”. Atâta timp cât Tratatul de la Roma cuprinde dispoziții fiscale importante aplicabile direct, putem clasifica astfel de norme ale unui acord multilateral de drept public („drept primar”), astfel încât să încadreze în domeniul dreptului fiscal în sens restrâns. Normele instituțiilor Comunității (în special cele de drept derivat precum directivele și

¹ D.D. Șaguna, D. Șova „Drept fiscal”, Editura C.H. Beck, 2006, pag. 26.

² D.D. Șaguna, D. Șova „Drept fiscal”, Editura C.H. Beck, 2006, pag. 26.

regulamentele Consiliului) nu se încadrează în dreptul public, ci în dreptul fiscal internațional.

Analizând însă dispozițiile T.C.E. putem concluziona însă nu există de fapt dispoziții referitoare la impozitarea directă, acesta din urmă aparținând în continuare statelor membre suverane.

Interferența dreptului fiscal cu cea a dreptului comunitar intervine însă în momentul în care sunt aplicate direct libertățile fundamentale. În acest context putem vorbi de dreptul fiscal european, în sensul că dacă o prevedere legală națională ar fi neconformă cu libertățile fundamentale, atunci dreptul comunitar va avea prioritate față de prevederile dreptului național¹. În cazul unei neconformități la nivelul tratatului, se constată inaplicabilitatea prevederilor neconforme. Altfel spus, tratatele cu state terțe rămân valabile, iar statul membru va fi obligat să încerce să amendeze prevederea neconformă (de ex. convenția) în acord cu prevederile corespunzătoare ale T.C.E.

Este evident faptul că dreptul comunitar are un impact serios asupra convențiilor de evitare a dublei impunerii încheiate de statele membre U.E. Regulile privind nediscriminarea din T.C.E. au efect asupra convențiilor de evitare a dublei impunerii încheiate de state. În orice caz, principiul tratamentului egal implementat în T.C.E. determină să fie extrem de dificil pentru a justifica inegalitățile de tratament între persoanele fizice rezidente și nerezidente sau societățile comerciale aflate în situații similare conform unui tratat fiscal identic. Acest lucru nu trebuie să conducă la ideea că orice diferență de tratament a rezidenților U.E. în lumina convențiilor de dublă impunere încalcă automat drepturile fundamentale ale T.C.E.

4. CONVENȚIILE DE DUBLĂ IMPUNERE ÎN CONTEXTUL ADERĂRII ROMÂNIEI LA U.E.

În raporturile directe dintre state, în domeniul fiscal, instrumentul juridic și anume izvorul cel mai frecvent utilizat pentru eliminarea sau limitarea dublei impunerii internaționale îl constituie convențiile pentru evitarea dublei impunerii.²

Scopul încheierii tratatelor între două state este în principal protejarea riscului dublei impunerii a unui venit impozitabil în două state, lupta împotriva practicilor evazioniste fiscale, pentru a sprijini siguranța tratamentului comerțului internațional; prevenirea discriminării fiscale între contribuabili pe plan internațional, etc.

Odată cu aderarea României la Uniunea Europeană, dreptul fiscal român a trebuit să țină cont de prevederile dreptului fiscal comunitar. Statele membre sunt obligate în temeiul art. 293 din T.C.E.³ „în măsura în care este necesar, să negocieze cu fiecare alt stat membru eliminarea dublei impunerii în Comunitate în beneficiul cetățenilor lor”. Interpretând acest articol se deduce că statele membre sunt libere să aleagă, în măsura în care este necesar, metoda de eliminare a dublei impunerii (fie convenții de evitare a dublei impunerii, fie măsuri fiscale unilaterale, etc.). Scopul acestei prevederi este protejarea activităților naționale în fața celor internaționale. În același timp, nici discriminarea, nici dubla impunere provenită din caracterul transnațional al unei operații nu pot fi tolerate în piața internă comunitară. Aceasta semnifică o diferență importantă de regim față de țările care nu

¹ CEJ, 15 iulie 1964, C-6/64, cazul Costa v. ENEL 1964, I-1194,

² I. Condor, op.cit.

³ T.C.E. – Tratatul Comunității Europene în forma sa revizuită adoptată la Nisa, vezi www.europe.eu.int.

sunt membre ale U.E. (state terțe). Astfel, în convențiile fiscale încheiate cu astfel de state și destinate situațiilor de dublă impunere statele membre trebuie să țină cont de cerințele pieței interne referitoare la nediscriminare¹ și la cele patru libertăți² stabilite în T.C.E. Altfel spus, conform art. 10 alin. 2 din T.C.E. *“statele membre trebuie să se abțină de la orice măsură care ar putea pune în pericol atingerea obiectivelor prezentului Tratat”*. Încheierea unei convenții bilaterale cu un stat terț care conține dispoziții contrare dreptului comunitar implică, fără niciun dubiu, încălcarea de către acel stat membru a obligațiilor ce-i revin din tratat.

În același sens, mai trebuie să observăm diferența subtilă între alocarea competențelor fiscale, care țin de puterea suverană a statelor membre și exercitarea competențelor fiscale, conform căreia atunci când este vorba despre o responsabilitate a statelor membre, se impune respectarea libertăților fundamentale ale C.E. stabilite prin Tratat.

De asemenea, este important să subliniem că, în domeniul fiscal, obiectivele Comunităților Europene și respectiv cele ale statelor membre au fost și încă mai sunt (în anumite limite) în parte diferite, aspect care influențează repartizarea competențelor. Astfel, pe de-o parte, obiectivul³ Comunității Europene de a realiza o uniune economică și monetară și o piață internă comună statelor membre care să asigure libera circulație a mărfurilor, persoanelor, serviciilor și a capitalului, precum și libertatea de stabilire este în parte opusă responsabilităților statelor membre de a acoperi cheltuieli publice tot mai mari în domenii precum sănătatea, educația, apărarea, administrația publică, justiția.

Pornind de la această realitate și de la condiția privind eliminarea barierelor fiscale între statele membre pentru realizarea unei piețe comune s-a ajuns la necesitatea eliminării impozitării importurilor și a rambursării impozitelor plătite în cadrul exporturilor (denumite acum achiziții și livrării intra-comunitare). În scopul îndeplinirii acestui obiectiv, instituțiile comunitare dețin în domeniul impozitelor indirecte (T.V.A., accize, etc.) o competență legislativă și executivă aproape deplină.

Dacă impozitarea indirectă afectează comerțul din piața internă, impozitele directe influențează investițiile directe și libera circulație, nerestricționată și nediscriminatorie, în teritoriul comunitar a capitalului și a forței de muncă. Este motivul pentru care, cel puțin pentru moment, problema încheierii de convenții de evitare a dublei impuneri privind impozite directe între statele membre a fost lăsată la latitudinea lor, eforturile legislative⁴ comunitare în acest domeniu fiind încă la început.

¹ Art. 12 T.C.E. interzice orice discriminarea bazată pe naționalitate.

² Art. 39 TCE garantează libera circulație a salariaților în cadrul Comunității, inclusiv eliminarea discriminării pe motiv de naționalitate. Art. 43 TCE interzice restricțiile libertății de stabilire a rezidenței a unui cetățean dintr-un stat membru pe teritoriul altui stat membru. Art. 294 TCE impune statelor membre să acorde cetățenilor altor state membre același tratament pe care îl acordă cetățenilor proprii cu privire la participarea la capitalul social al firmelor.

³ Pentru mai multe detalii referitoare la politica fiscală a U.E., a se vedea, R. Bufen, M. Minea, *Codul fiscal comentat*, editura Wolters Kluwer, 2008, pag. 60

⁴ În materia impozitelor directe au fost adoptate următoarele acte comunitare: Directiva nr. 90/435/CEE din 23 iulie 1990 referitoare la regimul fiscal comun aplicabil societăților mamă și filialelor situate în state membre diferite; Directiva nr. 90/434/CEE din 23 iulie 1990 referitoare la regimul fiscal comun aplicabil fuziunilor, divizărilor și aporturilor la constituirea unei societăți; Directiva nr. 2003/48/CE din 26 iunie 2003 referitoare la impozitarea economiilor provenite din plata unor dobânzi; Directiva nr. 2003/49/CE din 26 iunie 2003 referitoare la regimul fiscal comun aplicabil plății dobânzilor și redevențelor efectuate între societățile asociate în state membre diferite

Politica fiscală a României a vizat în perioada de pre-aderare la U.E. eliminarea ajutoarelor de stat și a scutirilor și exceptărilor de la plata taxelor și impozitelor și s-a concentrat pe asigurarea un mediu fiscal favorabil investițiilor interne și externe, pe susținerea creșterii economice și a competiției loiale și pe asigurarea transparenței veniturilor și cheltuielilor bugetare.

De asemenea, atât în perioada de pre-aderare cât și ulterior dobândirii statutului de stat membru, România și-a armonizat legislația internă cu legislația comunitară în materia impozitelor directe¹, și pe cale de consecință, implementând directivele comunitare în materie, în mod indirect, a influențat și conținutul convențiilor de evitare a dublei impuneri pe care le încheiase cu statele membre.

BIBLIOGRAFIE

1. I. Condor- „Evitarea dublei impuneri internaționale”, Editura Regia Autonomă „Monitorul Oficial”, București, 1999
2. I. Condor, *Impozitele, taxele și contribuțiile datorate de persoanele juridice*, Tribuna Economică, 1998
3. R. Bufan, *Fiscalitatea operațiunilor cu elemente de extraneitate (I)*, Revista de Drept Comercial nr. 1/2005
4. R. Bufan, M. Minea, *Codul fiscal comentat*, editura Wolters Kluwer, 2008
5. Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, M. Of.nr. 927 din 23.12.2003, cu modificările și completările ulterioare
6. H.G. 1860/2006, M.Of. 1044 din 24.12.2006, cu modificările și completările ulterioare
7. Convenție dintre guvernul Republicii Socialiste România și guvernul Statelor Unite ale Americii privind evitarea dublei impuneri și prevenirea evaziunii fiscale asupra veniturilor, B. Of. nr. 168 din 28.12.1974
8. Ordonanța Guvernului nr. 70/1994 privind impozitul pe profit, Republicată în m. Of. nr. 40 din 12.03.1997
9. Legea nr. 32/1991 privind impozitul pe salarii, Republicată în M. Of. nr. 185 din 12.08.1996
10. Directiva nr. 90/435/CEE din 23 iulie 1990 referitoare la regimul fiscal comun aplicabil societăților mamă și filialelor situate în state membre diferite, publicată în JOCE L 225 din 20.08.1990
11. Directiva nr. 90/434/CEE din 23 iulie 1990 referitoare la regimul fiscal comun aplicabil fuziunilor, divizărilor și aporturilor la constituirea unei societăți, publicată în JOCE L 225, 20.08.1990;

- România a agreat o perioadă de tranziție de 4 ani cu începere de la 1 Ianuarie 2007; Codul de conduită privind impozitarea afacerilor (Code of Conduct for Business Taxation) din 3 iunie 2003- document fără forță juridică obligatorie, având ca scop eliminarea competiției fiscale dăunătoare existente între statele membre; Codul de conduită în materia prețurilor de transfer; Recomandarea nr. 94/79/CE din 21 decembrie 1993 privind impunerea anumitor categorii de venituri realizate de nerezidenți într-un alt stat membru decât cel în care rezidă din 29 decembrie 1993; Recomandarea nr. 94/390/CE din 25 mai 1994 privind tratamentul fiscal al întreprinderilor mici și mijlocii din 9 iulie 1994.

¹ Prin implementarea în Codul fiscal a actelor adoptate la nivel comunitar

12. Directiva nr. 2003/48/CE din 26 iunie 2003 referitoare la impozitarea economiilor provenite din plata unor dobânzi, publicată în JOCE L 157 din 26.06.2003
13. Directiva nr. 2003/49/CE din 26 iunie 2003 referitoare la regimul fiscal comun aplicabil plății dobânzilor și redevențelor efectuate între societățile asociate în state membre diferite, publicată în JO L 157 din 26.06.2003
14. Codul de conduită privind impozitarea afacerilor (Code of Conduct for Business Taxation) din 3 iunie 2003
15. Codul de conduită în materia prețurilor de transfer, publicat în JOCE din 06.01.1998
16. Recomandarea nr. 94/79/CE din 21 decembrie 1993 privind impunerea anumitor categorii de venituri realizate de nerezidenți într-un alt stat membru decât cel în care rezidă, din 29 decembrie 1993, publicată în JOCE L 39, 10.02.1994
17. Recomandarea nr. 94/390/CE din 25 mai 1994 privind tratamentul fiscal al întreprinderilor mici și mijlocii, din 9 iulie 1994 publicată în JOCE L 177 din 09.07.1994

DREPTURI PATRIMONIALE CE POARTĂ ASUPRA BUNURILOR MOBILE SUPUSE ÎNREGISTRĂRII

Drd. ISPAS OANA FLORENTINA

În vederea stabilirii domeniului de aplicare al publicității mobiliare, consider că sunt necesare mai întâi câteva considerații cu privire la drepturile patrimoniale și bunurile care fac obiectul acestui tip de publicitate.

Așadar, fără a relua aici discuțiile referitoare la cele două mari teorii ale patrimoniului^[1] care au format obiectul exegezei multor doctrinari români^[2] și francezi^[3] de renume, ne limităm a arăta că teoria modernă a patrimoniului – a cărei elaborare și consacrare în dreptul pozitiv^[4] a fost posibilă datorită dezvoltării soci-economice^[5] definește patrimoniul ca fiind *totalitatea drepturilor și obligațiilor cu valoare economică ce aparțin unui subiect de drept*.^[6]

Deși studiul de față are în vedere doar analiza drepturilor patrimoniale consider că nu este lipsită de importanță o scurtă privire asupra celorlalte categorii de drepturi subiective ce formează conținutul raportului juridic civil^[7], și anume drepturile subiective personal nepatrimoniale^[8]. Este utilă menționarea acestora, în special sub aspectul delimitării câmpului de aplicare a publicității în discuție.

Așadar, sub un prim aspect, din categoriile^[9] de drepturi personal nepatrimoniale, drepturile care privesc identificarea persoanei prin acte de stare civilă fac obiectul publicității prin înscrierea lor în Registrul de stare civilă, în aplicarea Legii nr. 119/1996^[10].

Spre deosebire însă de rolul publicității mobiliare, efectul principal al înregistrărilor de stare civilă se răsfrânge pe tărâm probatoriu, chiar dacă ne referim la înregistrări sub forma întocmirii actelor de stare civilă (naștere, căsătorie sau deces) sau a înscrierii de mențiuni marginale.

Forța probantă a actelor de stare civilă este pe de o parte exclusivă deoarece în general, nașterea, căsătoria și decesul nu pot fi dovedite decât prin acte de stare civilă^[11] iar pe de altă parte fiind acte autentice (art.1 din legea 119/1996) ce privesc declarații ale părților, fac dovada până la proba contrarie, forța lor probantă fiind deci relativă^[12].

Un alt aspect privește drepturile de proprietate intelectuală^[13], care datorită conținutului juridic complex, formează obiect de controversă^[14] în doctrină, în sensul calificării lor. Aceste drepturi cuprind în conținutul lor atât drepturi patrimoniale (neputându-se reduce la acestea)^[15] cât și drepturi personal nepatrimoniale^[16]

Sub aspectul care ne interesează, drepturile prevăzute de lege în materia invențiilor, desenelor și modelelor industriale^[17] spre a dobândi opozabilitate față de terți și în final protecție, trebuie înregistrate. Astfel art. 4 din Legea 129 din 29 decembrie 1992 stabilește că dreptul la eliberarea certificatului de înregistrare la OSIM aparține aceluia *care a depus mai întâi cererea de înregistrare la O.S.I.M.* sau, dacă o prioritate a fost recunoscută, aceluia a cărui cerere are cea mai veche dată de prioritate. În mod similar, art. 4 alin 2 din Legea 64/1991 arată „Dacă mai multe persoane au creat aceeași invenție, independent una de alta, dreptul la brevet aparține aceleia care a depus o cerere de brevet a cărei dată de

depozit este cea mai veche, iar dacă o prioritate a fost recunoscută, aparține persoanei a cărei cerere de brevet de invenție are cea mai veche dată de prioritate.

Spre deosebire de aceste prevederi, Legea 8 din 1996^[18] nu impune formalități de publicitate pentru obiectul dreptului de autor respectiv opera de creație intelectuală, statuând în art. 2 că opera de creație intelectuală este recunoscută și protejată, *independent de aducerea la cunoștință publică, prin simplul fapt al realizării ei*, chiar neterminată.

Desigur că o importanță deosebită o are prioritatea cronologică în crearea unei opere (ceea ce se numește *anterioritate*). Atunci când o operă este adusă la cunoștință publică (prin - după caz - publicare, expunere, prezentare etc.), dovada anteriorității creatorului său se poate face prin probarea de către acesta a aducerii la cunoștință publică. În cazul în care o operă nu a fost încă adusă la cunoștință publică, se admite orice mijloc de probă din care să rezulte incontestabil existența anteriorității - de exemplu prin înregistrări, martori, chiar și prin prezumții. În acest scop, este prudent ca fiecare autor să-și preconstituie probe.

Publicitatea mobilă

Publicitatea nu a fost organizată pentru transmiterea și grevarea tuturor bunurilor.

În materie mobilă, posesiunea este cel mai bun mijloc de publicitate. Din acest motiv, publicitatea transmisiunilor mobiliare are un caracter de excepție și este limitată.

Pe de altă parte, spre deosebire de publicitatea imobiliară, organizarea unei publicități mobiliare integrale este practic imposibilă, din cauza fungibilității bunurilor mobile (susceptibile de reproducere într-o multitudine de exemplare) și infinitelor operațiuni mobiliare și totodată, inutilă, deoarece nu există interese, sau dacă există ele nu sunt atât de importante pentru ca multiplele operațiuni mobiliare să fie supuse publicității.

În primul rând, lucrurile mișcătoare, în majoritatea lor, au față de imobile o valoare mai mică, uneori chiar foarte redusă astfel încât publicitatea este mai puțin necesară; în aceste cazuri și prejudiciul la care sunt expuși terții este considerabil mai mic, fără a mai vorbi de cheltuielile ocazionate de efectuarea operațiunilor de publicitate care nu sunt compatibile cu valoarea redusă a mobilelor.

În al doilea rând, în condițiile vieții economice de astăzi, tranzacțiile mobiliare trebuie să fie simple, rapide și necostisitoare, iar regula instituită de art. 1909 alin. 1 C.civ. nu are însă incidență generală, ci se aplică numai în cazul bunurilor mobile corporale și al titlurilor la purtător. Prin urmare, ea nu se aplică la celelalte mobile, cum sunt creanțele, titlurile la ordin, titlurile nominative, gajul, fondurile de comerț etc.^[19]

Din această cauză, pentru unele categorii de mobile (cum sunt titlurile nominative, fondurile de comerț, unele creanțe având ca obiect imobile etc.), prin lege, s-au organizat măsuri de publicitate specifice sau, după caz, identice cu cele existente în cazul transmisiunilor imobiliare.

Pe de altă parte, în cazul unor bunuri mobile importante, cum sunt navele^[20] și aeronavele, care pot fi ușor identificate, publicitatea este nu numai necesară, ci și posibilă.^[21] Pentru nave, Autoritatea Navală este organul tehnic de specialitate care are atribuții de transcriere a constituirii, transmiterii sau stingerii drepturilor reale asupra navelor care arborează pavilionul român, precum și asupra navelor în construcție (art. 7 lit u).

În ceea ce privește situația autoturismelor,^[22] drepturile de proprietate asupra acestora se înscriu în Cartea de Identitate a vehiculului de către organul de poliție care efectuează înmatricularea. Cartea de identitate este documentul care atestă pentru deținătorul

autoturismului dreptul de proprietate și se eliberează conform legii^[23], de către Registrul Auto Român.

În fine, în cazul garanțiilor reale mobiliare (gajul cu sau fără depozitare), întrucât conferă creditorilor garanți un drept real opozabil *erga omnes*, nevoia de publicitate a actelor constitutive ale acestora este neîndoieabilă: ocrotirea drepturilor sau intereselor terților și crearea posibilității acestora de a cunoaște sarcinile reale mobiliare care grevează bunurile constitutorului.^[24]

Scopul măsurilor de publicitate mobilă

În cazurile anume prevăzute de lege, finalitatea juridică este fie *opozabilitatea față de terți* a anumitor operațiuni juridice, fie *informarea terțelor persoane* despre tranzacțiile mobiliare respective.

În materia drepturilor reale, analiza opozabilității operațiunilor juridice care au ca efect crearea, strămutarea sau stingerea de asemenea drepturi trebuie să țină cont în mod necesar de două aspecte principale.

□ Unul este cel legat de felul dreptului real în discuție, impunându-se o divizare a cercetării, după cum este vorba de drepturi mobiliare sau de cele imobiliare.

□ Cea de a doua coordonată este dată de sistemele specifice de publicitate a drepturilor reale. În consecință, se impune tratarea deosebită a mobilelor pentru care se prevăd operațiuni specifice de publicitate.

Drepturi mobiliare.

Transmisiunea dreptului de proprietate mobilă se face, în sistemul Codului civil, *solo consensu*, conform art. 971 C.civ. dar publicitatea sa nu se realizează automat, deplin drept. Regula consensualismului se aplică doar între părțile actului translativ de proprietate, dar își găsește limitele față de terți. Aceasta, deoarece publicitatea unui asemenea transfer de proprietate se face nu după data actului juridic, ci după aceea a punerii în posesie a dobânditorului, iar „(...) persoana pusă în posesie este preferită și rămâne proprietară, chiar când titlul său este cu dată ulterioară, numai posesiunea să fie cu bună credință.” art. 972 C.civ.^[25]

Prin urmare, regula anteriorității (*qui prior tempore, potior jure*) trebuie înțeleasă și aplicată luând în considerare nu data actului translativ de proprietate mobilă, ci data punerii în posesie. Posesia este mijlocul de drept comun prin care Codul civil a înțeles să realizeze publicitatea drepturilor mobiliare și l-a reglementat în art. 1909 urmărind totodată să transforme aceasta posesie în instrument de rezolvare a concursului între succesorii subsecvenți ai aceluiași mobil. Se poate observa că acești dobânditori succesivi ai aceluiași drept sunt și rămân terți între ei, dar fiecare este parte originară la actul încheiat separat cu autorul lor.

Pe de altă parte, fiecare dintre acești dobânditori este succesor la același drept prin intermediul actului pe care l-a încheiat separat cu autorul unic și comun al tuturor dobânditorilor concurenți. Interesul comun pe care îl manifestă față de același drept mobilă nu-l transformă în avans-cauza, ci în *terți specifici* la situația descrisă de transmisiunea multiplă a aceluiași drept. Concursul care există între acești dobânditori nu

se rezolva după regulile (interne) specifice actului juridic, ci după mecanismele (externe) care organizează opozabilitatea actului.

De aceea, considerăm că ar fi impropriu ca ei să fie considerați avanzi-cauza, ci trebuie tratați ca terți specifici, *specificul fiind dat nu de dreptul transmis, ci de împrejurarea ca publicitatea îi pune fața în față*, iar opozabilitatea îi separă.

În ultimul rând, opozabilitatea transferului de proprietate mobilă are darul să pună în evidență faptul că această valoarează diferit, după cum se pune problema informării despre proprietate sau a rezolvării conflictului între dobânditorii subsecvenți ai aceluiași bun. De informat, putem fi cu toții informați, prin sistemul de publicitate, dar principalul sau scop este acela de a rezolva conflictul dintre drepturi concurente, care există doar între terți specifici.

Dreptul de gaj era supus până la adoptarea legii 199/1999 în Codul civil român unei triple formalități: constituirea unui înscris (art. 1686 C.civ.), predarea bunului amanetat către creditor sau un tert (art. 1685 și 1688 C.civ.) și înscrierea gajului într-o evidență specială (art. 710 și 719 C.proc.civ.). Toate aceste formalități realizau opozabilitatea dreptului de preferință al creditorului gajist, care conferea posibilitatea ca el să se îndestuleze primul prin realizarea amanetului. Codul civil francez nu impune decât două formalități, primele două (art. 2071 și 2074), pentru legala constituție a gajului, și pentru realizarea opozabilității sale.^[26]

Astăzi, publicitatea gajului, ca și a garanției reale mobiliare instituite de Legea 99/1999, Titlul VI, se realizează prin înscrierea în AEGRM (Arhivă Electronică de Garanții Mobiliare). Legea amintită a abrogat nu numai dispozițiile art. 710 și 719 C.proc.civ. privind înscrierea gajului în mapa specială ținută de judecatorie, ci chiar și gajul comercial, care a fost substituit cu garanția reală mobilă (art. 105).

În plus, legea arată *in terminis* că „Dispozițiile prezentului titlu referitoare la ordinea de prioritate și la publicitatea garanțiilor mobiliare sunt aplicabile și amanetului, astfel cum este reglementat în art. 1685-1696 C.civ.” (art. 3).

În consecință, pentru înscrierea gajului trebuie realizat un înscris, în temeiul căruia se eliberează un formular de aviz de garanție, care urmează să fie trecut în AEGRM, iar numărul de înregistrare al avizului va stabili ordinea de prioritate a garanției (art. 9 din Regulamentul AEGRM).

Instituirea noului sistem de publicitate mobilă, care este AEGRM, nu modifică numai formalitățile prin care se realizează opozabilitatea gajului, ci transformă în întregime mecanismele clasice ale circuitului juridic mobil, cu ștergerea unor diferențe între dreptul civil și cel comercial.

Astfel, sistemul de publicitate instituit prin AEGRM tinde să înglobeze aproape toate operațiunile mobiliare de o importanță valorică medie și mare (art. 2,6 și 99).

Publicitatea garanțiilor reale mobiliare

Arhivă Electronică de Garanții Mobiliare.

Creșterea volumului operațiunilor juridice civile și comerciale, pe de o parte, și creșterea valorii și importanței bunurilor mobile în raport cu bunurile imobile, pe de altă parte, au determinat modernizarea sistemului de garanții reale mobiliare cunoscut de legislația română.

Modificarea legislativă a vizat crearea unui sistem suplu și fiabil de garantare a obligațiilor civile sau comerciale, în armonie cu legislația europeană și cu mijloacele moderne de stocare și circulație a informației.

Regimul juridic al garanțiilor reale mobiliare a fost reglementat prin Titlul VI al Legii nr. 99/1999, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 236 din 27 mai 1999, „Legea privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice” și Ordonanța Guvernului nr. 89/2000 privind unele măsuri pentru autorizarea operatorilor și efectuarea înscrisurilor în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare.

A. Domeniul de aplicare al Titlului VI al Legii nr. 99/1999

Legea nr. 99/1999 reglementează în Titlul VI regimul juridic al garanțiilor reale mobiliare, destinate să asigure îndeplinirea unei obligații civile sau comerciale născute din orice contract încheiat între persoane fizice sau juridice.

Prin urmare, garanțiile reale mobiliare pot servi atât la garantarea obligațiilor civile, cât și a obligațiilor comerciale.^[27]

Regimul juridic al garanțiilor reale mobiliare este aplicabil, în ce privește ordinea de prioritate, publicitatea și executarea, următoarelor acte juridice:

a) tuturor cesiunilor drepturilor de creanță, chiar dacă cesiunea nu are drept scop garantarea îndeplinirii unei obligații;

b) vânzărilor condiționate, precum și oricăror altor acte juridice, indiferent de forma sau de denumirea lor, destinate să garanteze îndeplinirea unei obligații cu un bun corporal sau necorporal;

c) tuturor formelor de închiriere, inclusiv oricărui leasing, pe termen mai mare de un an, având ca obiect bunuri mobile, corporale sau necorporale, chiar dacă aceste acte juridice nu au drept scop garantarea îndeplinirii unei obligații;

d) contractelor de consignație care au ca obiect bunuri mobile corporale sau necorporale, dacă valoarea bunului care urmează să fie vândut, stabilită în contractul de consignație, este mai mare decât echivalentul în lei a sumei de 1000 euro;

e) warantelor și recipiselor de depozit (art. 2 din Titlul VI al Legii nr. 99/1999).

Regulile privind ordinea de prioritate și publicitatea garanțiilor reale mobiliare sunt aplicabile și amanetului (gajului) reglementat de art. 1685-1696 Cod civil.

Legea definește, pentru a evita lipsa de uniformitate în interpretare, principalele noțiuni cu care operează.

Prin debitor se înțelege persoana obligată să aducă la îndeplinire obligația garantată printr-o garanție reală mobilă.

În această noțiune sunt incluși, de asemenea, locatarul dintr-un contract de închiriere, sau utilizatorul într-un contract de leasing, încheiat pe o perioadă mai mare de un an, cedentul unui drept de creanță, consignatorul unor bunuri și debitorul unei obligații născută din vânzările condiționate.^[28]

Mai mult, în măsura în care legea sau contractul nu ar dispune altfel, Legea nr. 99/1999 include în noțiunea de debitor și pe proprietarul bunului cu care s-a garantat îndeplinirea unei obligații, chiar atunci când proprietarul nu este ținut să aducă el însuși la îndeplinire obligația garantată. Se observă modul de definiție extensivă, în comparație cu dreptul comun, a noțiunii de debitor în materia garanțiilor reale mobiliare.^[29]

B. Obiectul garanției reale mobiliare

Obiect al garanției reale mobiliare - reglementat de Legea nr. 99/1999 - poate fi orice bun mobil, corporal sau incorporeal, precum și produsele acestora.

Pot fi, de asemenea, obiect al garanției reale mobiliare:

a) orice bun mobil care este accesoriu al unui bun imobil, dar care poate fi înlăturat sau extras din acesta, cu excepția clădirilor și a materialelor de construcție care se încorporează într-o clădire;

b) animalele ce proprietarul fondului dă arendașului (art. 467 C.civ.) și obiectele ce proprietarul unui fond a pus pe el pentru serviciul și exploatarea acestuia (art. 468 C.civ.). Prin derogare de la dispozițiile susmenționate ale Codului civil, care considera bunurile enumerate ca fiind imobile prin destinație, Legea nr. 99/1999 le asimilează cu bunurile mobile;

c) bunurile fungibile și nefungibile, soldurile creditoare ale conturilor de depozit, depunerilor de economii ori depozitele la termen deschise la instituții bancare sau financiare;

e) certificatele de depozit, conosamentele și altele similare;

f) acțiunile și părțile sociale din societățile pe acțiuni și cu răspundere limitată;

g) drepturile de exploatare ale resurselor naturale și de operare de servicii publice, în condițiile prevăzute de lege;

h) drepturile de proprietate intelectuală, industrială sau comercială;

i) drepturile de creanță, garantate sau negarantate;

ț) instrumentele negociabile, inclusiv cele garantate printr-o ipotecă;

k) universalitatea bunurilor mobile ale debitorului, care poate îngloba inventarul bunurilor, bunurile circulante și bunurile viitoare;

l) padurea, recolta agricolă, mineralele și hidrocarburile ce urmează a fi extrase sau care au fost extrase;

m) polițe de asigurare;

n) echipamentele, instalațiile, mașinile agricole sau alte asemenea;

o) drepturile societare;

p) orice drept care poate fi cedat de titular, indiferent dacă necesită consimțământul constitutorului sau autorizarea altei persoane;

q) bunurile mobile închiriate sau care fac obiectul unei operațiuni de leasing pe o durată mai mare de un an;

r) orice alte asemenea bunuri.

Sunt excluse de la aplicarea regimului juridic al garanțiilor reale mobiliare cesiunile drepturilor succesoriale ori ale drepturilor de proprietate intelectuală și industrială, privilegiile, dreptul de retenție.

În ce privește privilegiile și dreptul de retenție, le sunt totuși aplicabile dispozițiile privitoare la gradul de prioritate față de o altă garanție reală, reglementate de Legea nr. 99/1999.

C. Constituirea garanției reale mobiliare

În principiu, garanția reală mobilă se constituie numai pe baza unui contract de garanție.

Ea se poate constitui și prin indisponibilizarea valorilor mobiliare, conform regulilor pieții pe care sunt tranzacționate, sau în temeiul convenției părților în ce privește valorile mobiliare necotate pe o piață autorizată, ori, după caz, prin andosarea valorilor respective potrivit regulilor lor specifice.

Contractul de garanție reală, în temeiul căruia se constituie o garanție reală în bunuri sau drepturi în beneficiul unui anumit creditor, se încheie în forma unui înscris autentic sau prin înscris sub semnatura privată și trebuie semnat de către debitor. În înțelesul Legii nr. 99/1999 (Titlul VI), prin înscris sub semnatura privată se înțelege orice mod de comunicare care păstrează înregistrată informația pe care o confină și care poate fi reprodusă într-o formă tangibilă și nu poate fi schimbat în mod unilateral (art. 14 alin. 2).

Contractul de garanție reală va putea să indice sau nu suma maximă a obligației garantate. El trebuie să cuprindă o descriere a bunului afectat garanției.

D. Publicitatea și ordinea de preferință a garanțiilor reale

Gradul de prioritate al garanției reale imobiliare față de terți, inclusiv față de stat, se stabilește în funcție de momentul în care garanția reală sau sarcinile reale au fost făcute publice.

În principal, garanțiile reale și sarcinile reale constituite pe bunuri mobile îndeplinesc condiția de publicitate din momentul înscrierii avizului de garanție reală la Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare.

Înscrierea are doar efect de publicitate, astfel ca din momentul efectuării ei, creditorii care, ulterior, înscriu o garanție reală asupra aceluiași bun, sunt prezumați ca au cunoștința despre existența primei garanții reale. Presumpția este legală absolut (*juris et de jure*). Împotriva ei nu se poate face proba contrară. Înscrierea la arhivă nu conferă însă validitate unei garanții reale lovite de nulitate.

Nu sunt supuse condiției de publicitate prin înscriere la arhivă -publicitatea lor realizându-se prin alte modalități - următoarele garanții reale mobiliare:

a) *garanția reală*, dacă obligația garantată în momentul încheierii contractului de garanție asupra unor bunuri mobile corporale nu depășește echivalentul în lei a 300 euro, în acest caz, publicitatea se poate face fie prin luarea în posesie a bunului afectat garanției, fie prin înscrierea unui aviz de garanție la arhivă;

b) *garanția reală sau sarcina constituită pe sume de bani, valori mobiliare sau titluri reprezentând bunuri*, inclusiv certificate de depozit și conosamente negociabile, precum și cecuri și bilete la ordin, a cărei publicitate se poate face numai prin posesia asupra instrumentului sau prin andosarea acestuia dacă transferul instrumentului în cauza necesită posesia sau andosarea. Potrivit Legii nr. 99/1999, înscrierea la arhivă nu este o metodă validă de publicitate în aceste cazuri.

În aceste două cazuri, posesia bunului afectat garanției trebuie să fie publică, adică să poată fi ușor cunoscută de toți. Dacă bunul afectat garanției se află în posesia legitimă și sub controlul creditorului sau al reprezentantului său, dar față de terți se creează aparență ca posesia aparține debitorului, posesia creditorului nu constituie posesie publică.

c) *garanția reală sau sarcina reală pe valori mobiliare care, potrivit regulilor pieței de valori mobiliare pot fi transferate prin simpla înregistrare în registrele care deservesc piața pe care sunt vândute*. Publicitatea se consideră făcută prin această înregistrare;

d) garanția reală sau sarcina constituită asupra vapoarelor sau avioanelor trebuie făcută prin înregistrarea unui formular de aviz de garanție reală în registrul în care se afla înregistrat titlul de proprietate asupra acestora, la rubrica în care se afla înscris titlul de proprietate asupra bunului.

Pentru bunurile date în consignație, consignatorul este responsabil pentru înscrierea în arhiva a unui formular de aviz de garanție reală privind bunurile în cauză. În cazul neindeplinirii obligației și dacă consignantului i se produc daune, consignantul va plăti despăgubiri reprezentând echivalentul în lei a cel puțin 200 euro. În ce privește gradul de prioritate, așa cum am arătat, acesta rezultă din momentul în care garanția reală sau sarcinile reale au fost făcute publice.

Există însă și excepții, și anume:

a) garanția reală constituită în favoarea vânzătorului bunului sau a creditorului al cărui împrumut a făcut posibilă cumpararea bunului, are prioritate asupra unei garanții anterioare sau altei sarcini, cu condiția ca, înainte ca debitorul să obțină posesia bunului afectat garanției, s-a înscris avizul de garanție reală la arhivă, iar creditorul garantat anterior a fost înștiințat despre vânzare și despre înscrierea garanției;

b) garantarea reală asupra recoltei sau asupra produselor ce se vor obține din valorificarea ei are prioritate asupra oricărei alte garanții reale sau sarcini din momentul înscrierii la arhivă;

c) garanția reală constituită pe păsări sau animale domestice, sau pe produsele lor, în scopul asigurării fondurilor pentru nutrețuri, medicamente sau hormoni are prioritate asupra oricărei alte garanții reale sau sarcini constituite pe același bun, alta decât garanția reală data vânzătorului de nutrețuri, medicamente sau hormoni.

Creditorii care nu fac parte dintr-un contract de garanție, au un privilegiu prin simplul efect al legii, inclusiv privilegiul statului pentru taxele ce-i sunt datorate, și are prioritate asupra bunului în cauză numai în momentul în care privilegiul îndeplinește condiția de publicitate prin înscrierea acestuia la arhivă sau prin posesia bunului.^[30]

Tot astfel, creditorul care a obținut prin hotărâre judecătorească dreptul de executare silită asupra unui bun mobil are prioritate față de creditorii care dețin garanții reale asupra acelui bun numai din momentul îndeplinirii formalităților de publicitate. În cazul în care bunul afectat garanției se găsește în posesia creditorului sau a reprezentantului său, aceștia au toate drepturile și obligațiile ce se nasc din depozitul voluntar. Creditorul va percepe fructele sau dobânzile bunului afectat garanției în contul debitorului. Fructele și dobânzile percepute se impută mai întâi asupra cheltuielilor normale de conservare a bunului, apoi asupra dobânzilor și, în sfârșit, asupra cuantumului obligate! garantate, afara de stipulația contrară a părților.

În momentul în care obligația garantată a fost executată, creditorul sau responsabilul său, care a intrat în posesia bunului afectat garanției, sunt obligați să îl restituie proprietarului.

Dacă au fost cauzate daune debitorului prin distrugerea, degradarea, întârzierea neustificată în restituire, creditorul va putea fi obligat la despăgubiri, a caror limită inferioară stabilită de lege este echivalentul în lei a sumei de 500 euro.

Legea nr. 99/1999 stabilește, pe lângă drepturile și obligate prevăzute de părți în contractul de garanție, obligațiile posesorului bunului afectat garanției de a întreține bunul afectat garanției și de a-l folosi ca un bun proprietar și totodată de a ține, dacă este cazul, o

evidența contabilă clară a bunului afectat garanției, precum și, după caz, a produselor acestuia.

Garanțiile reale mobiliare pot fi transmise prin cesiune. Dovada cesiunii poate fi făcută prin înscris autentic sau prin înscris sub semnatura privată.

Durata înscrierii unui aviz de garanție reală este de 5 ani. înscrierea poate fi reînnoită, la cererea creditorului, înainte de expirarea acestuia, pentru o perioadă de încă 5 ani sau pentru o altă perioadă.

În cazul în care înscrierea nu este reînnoită, Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare o poate șterge din baza sa de date.

E. *Organul care efectuează înregistrările privind garanțiile reale mobiliare*

Înregistrările și radierile garanțiilor reale mobiliare se efectuează în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare, care reprezintă o bază de date la nivel național și care asigură înscrierea și accesul la informațiile înscrise cu privire la avizele de garanție.

Creditorul garantat care, pentru a obține un rang de prioritate, dorește să facă publică existența unei garanții reale asupra unui bun, trebuie să depună un aviz de garanție la un operator autorizat al arhivei, cu plata tarifului corespunzător.

Dacă creditorul dorește să stingă, să prelungească sau să modifice avizul de constituire a garanției, să reducă garanția la o parte din bunurile afectate inițial ori să ceseze creanța garantată, trebuie să înscrie un aviz modificator în care să menționeze numărul de înregistrare a avizului de constituire a garanției.

Privilegiile, hotărârile judecătorești definitive și irevocabile, certificatele de depozit și obligațiile de plată a impozitelor și taxelor pot fi înscrise în arhivă pe baza unui aviz de garanție.

Formularul de aviz de garanție este un înscris întocmit sau transmis pe suport de hârtie sau electronic. Numărul de înregistrare a avizului de garanție inițial (de constituire a garanției) stabilește ordinea de prioritate a garanției.

Arhiva înscrie avizele de garanții reale și alte mențiuni fără a exercita controlul de legalitate sau de altă natură asupra acestora.^[31]

Avizele de garanții reale sunt indexate alfabetic, iar înscrierile pot fi căutate după numele debitorului și după numărul de serie în cazul autovehiculelor.

Arhiva este publică și poate fi consultată pe durata orarului de funcționare. În cel mult 24 de ore de la înscrierea avizului de garanție reală, fiecare creditor este obligat să trimită o copie de pe aceasta debitorului.

Avizul de garanție reală cuprinde: numele și domiciliul ori reședinia debitorului, numele și domiciliul sau reședinia creditorului, bunurile sau

drepturile afectate garanției, numărul/seria de înscriere a titlului privind bunul afectat garanției, limita de timp pentru expirarea înscrierii, potrivit contractului de garanție și, facultativ, valoarea maximă a obligației garantate.

În caz de neconcordanță între datele cuprinse în formularul de aviz de garanție reală și cele cuprinse în contractul de garanție, în raporturile dintre terți și în cele dintre părți și terți, vor prevala cele înscrise în formularul de aviz de garanție reală.

Stingerea garanției se face în termen de cel mult 40 de zile de la data încetării obligației garantate.

F. Executarea garanțiilor reale mobiliare

Dacă debitorul nu își îndeplinește obligația garantată și, deci, efectul preventiv al garanției reale mobiliare de a asigura executarea voluntară în natură nu s-a realizat, garanția reală mobilă își va produce efectul reparatoriu, executarea silită, prin echivalent, a obligației debitorului.

Contractul de garanție reală mobilă este titlu executoriu.

În ce privește modalitatea de executare, creditorul va putea să opteze între procedurile de executare mobilă prevăzute de Codul de procedură civilă și procedurile de executare a garanției reale prevăzute de Legea nr. 99/1999.^[32]

^[1] Teoria personalistă consideră că la temelie patrimoniului stă persoana, "patrimoniul fiind o emanație a personalității și expresia forței juridice cu care o persoană este investită..." în opoziție cu teoria patrimoniului-scop (sau de afectare) care depersonalizează în mod excesiv patrimoniul, teorie ce a creat în Franța instituția *fundațiilor* (actualmente modificată prin legea din 4 iulie 1990) ce recunoaște existența unui patrimoniu fără o persoană de la care să emane. Pentru amănunte PH. Malaurie, L. Aynes – Cours de droit civil, Les personnes, les incapacités, 2e édition. Ed. Cujas 1992 Paris, p.161.

^[2] PLASTARA, G., *Curs de drept civil român*, vol. II, Editura Cartea Românească, București, f.a., HAMANGIU, C.; ROSETTI BALANESCU, I.; BAICOIANU, AL., *Tratat de drept civil român*, vol. II, Editura „Nationala”, București, 1929, IONASCU, T.; BRADEANU, S., *Drepturile reale principale în Republica Socialistă România*, Editura Academiei, București, 1978, BÎRSAN, C., *Drept civil Drepturile reale principale*, Editura All Beck, București, 2001, BELEIU, GH., *Drept civil roman. Introducere în dreptul civil Subiectele dreptului civil*, ed. a V-a, Casa de editură și presă „Sansa” S. R. L., București, 1998, POP, L., *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, Editura Lumina Lex, București, 2001.

^[3] AUBRY, C.; RAU, C., *Cours de droit civil francais*, tome deuxième, Cosse, Marchal et Billard, Imprimeurs-Editeurs, Paris, 1873. COLIN, A.; CAPITANT, H., *Cours elementaire de droit civil francais*, tome deuxième, Librairie Dalloz, Paris, 1932.

^[4] Articolul 2 din Codul civil din Quebec, reunește cele două teorii. CODE CIVIL DU QUEBEC **Livre Premier** Des Personnes **Titre Premier** De la jouissance et de l'exercice des droits civils Art. 2. *Toute personne est titulaire d'un patrimoine. Celui-ci peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure prévue par la loi.* 1991, c. 64, a. 2. URL : <http://www.ijcan.org/qc/legis/loi/ccq/20050915/tout.html>

^[5] Pentru dezvoltări, în sensul necesității recunoașterii mai întâi a categoriei subiectelor colective de drept și în dreptul privat V. Stoica, *Drept civil, Drepturile reale principale*, Editura Humanitas, București 2004, pg.45. precum și Ph. Malaurie, L. Aynes op. cit., autor care tratează pe larg despre „Societatea comercială cu răspundere limitată unipersonală” (E.U.R.L. – Entreprise unipersonnelle a responsabilité limitée) ca fiind o instituție nouă care bulversează numeroase principii tradiționale de drept francez printre care unicitatea patrimoniului și legătura dintre personalitatea juridică și voința colectivă. Pg. 164.

^[6] BÎRSAN, C., *Drept civil Drepturile reale principale*, Editura All Beck, București, 2001, pg.6

^[7] În esență știința dreptului civil este o continuă căutare a modelului ideal de raport juridic civil. Structural acesta este alcătuit din trei componente interdependente și constitutive: Părțile sau subiectele – persoane fizice și juridice titulare de drepturi și obligații civile; Conținutul acestuia – dat de totalitatea drepturilor și obligațiilor civile; și Obiectul – format din totalitatea acțiunilor și inacțiunilor la care este îndreptățit subiectul activ și de care este ținut subiectul pasiv. Ghe. Beleiu, op. cit. Pg. 65

[8] Literatura juridică franceză folosește cu precadere termenul de „*drepturi extrapatrimoniale*” pentru a sublinia mai pregnant legătura lor cu persoana titularului precum și pentru a arăta că sunt în afara patrimoniului. O. Ungureanu- Drept civil Introduceere, Ed. Rosetti, Bucuresti 2002, pg. 64

[9] Drepturi ce privesc existența și integritatea fizică și morală ale persoanei, drepturi de identificare și drepturi decurgând din creația intelectuală Ghe. Beleiu, op. cit. Pg. 80.

[10] Legea 119 din 16 octombrie 1996 cu privire la actele de stare civilă, publicată în Monitorul Oficial nr. 282 din 11 noiembrie 1996.

[11] Doar în mod excepțional sunt admise hotărâri judecătorești ce fac dovada stării civile. Art. 24 din Decretul 31/1954 privitor la persoanele fizice și juridice și art. 16 din Legea 119/1996.

[12] Conform regulilor generale în materia probelor, numai înscrisul autentic ce face referire la înregistrări, constatări pe care agentul constatator le percepe << *ex propriis sensibus* >> are forță probantă până la înscrierea în fals.

[13] *Dreptul proprietății intelectuale*, cuprinde *dreptul proprietății industriale* (având ca obiect, printre altele, invențiile, inovațiile, know-how-ul, secretul comercial, desenele și modelele industriale, topografia circuitelor integrate, noile soiuri de plante) și *dreptul de autor* (având ca obiect creațiile literare, artistice și științifice).

[14] Unii autori consideră drepturile de creație intelectuală ca fiind << *categorii juridice intermediare* >> între drepturile de reale și de creanță – vezi L. Pop op. cit, pg. 24, alții optând către termenul << *drepturi patrimoniale atipice* >> ” întrucât analiza lor nu a pus în evidență elemente specifice drepturilor de creanță., V. Stoica, op. cit. pg.133.

[15] În legătură cu marca se nasc numai drepturi patrimoniale, respectiv dreptul la exploatarea exclusivă a mărcii. MIHAI, L., *Invenția. Condițiile de fond ale brevetării. Drepturi*. Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2002 citat de V. Stoica în op. cit. Nota 117.

[16] PETRESCU, A.; MIHAI, L., *Drept de proprietate industrială. Introducere în dreptul de proprietate industrială. Invenția. Inovația*, Universitatea din București, 1987.

[17] Legea 64 din 11 octombrie 1991, privind brevetele de invenție – Republicare. Publicată în Monitorul Oficial nr. 752 din 15 octombrie 2002 și Legea 129 din 29 decembrie 1992, privind protecția desenelor și modelelor industriale –Republicare. Publicată în Monitorul Oficial nr. 193 din 26 martie 2003.

[18] Legea 8 din 14 martie 1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe. Publicată în Monitorul Oficial nr. 60 din 26 martie 1996

[19] . NICOLAE, M., *Publicitatea imobiliară și noile cărți funciare*, Editura Edit Press Mihaela, Bucuresti, 2000, pg 32

[20] Actul Inormativ ce reglementează transportul naval îl reprezintă O.G. nr. 42/1997 republicata

[21] Art. 18 alin 1 din Codul Aerian „, O aeronava civilă poate fi înmatriculată în Registrul unic de înmatriculare a aeronavelor civile...” Prin înmatricularea în Registrul unic, aeronava respectivă va dobândi naționalitatea română

[22] Cadrul legal îl constituie H.G. nr. 610/1992 privind cartea de identitate a vehiculului.

[23] Instrucțiunile nr. 290 din 1993 de aplicare a HG 610/1992, publicate în M.Of. nr.110 din 28.05.1993

[24] L. Mocanu, *Garanțiile reale mobiliare*, Editura All Beck, Bucuresști, 2004, pg 11.

[25] E. Poenaru , *Garanțiile reale mobiliare*, Editura All Beck, Bucuresti 2004, pg 18

[26] Ph . Simler, Ph. Delebecque, *Droit civi Les suretes La publicite fonciere*, Ed. Dalloz, Paris 2000 pg 101.

[27] Livia Mocanu op. cit. pg. 25.

[28] Emil Poenaru, op. cit. pg 36.

[29] M. Nicolae op, cit, pg 63.

[30] L. Mocanu op cit. pg 166

[31] M.Nicolae op. cit. pg 97

[32] Emil Poenaru op. cit. pg.230

UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND PROCEDURA PENALĂ ÎN DOMENIUL INFORMAȚIILOR DE SECURITATE NAȚIONALĂ

Asist. Univ. RODICA POPA
Asist. Univ. NICULAE GAMENT ANTONIU
Universitatea Româno Americană

Prin modificările ce s-au adus Codului de procedură penală în anul 2003 prin Legea 281 din 24 iunie, s-a încercat armonizarea legislației procedurale cu prevederile europene în materie, fapt cu implicații în activitatea organelor responsabile cu aplicarea legii, cum sunt și cele ce privesc gestionarea activității informațiilor.

Cadrul general de implicare, limitele legale stabilite prin noile dispoziții se coroborează cu rolurile ce le au în viitor toți participanții la procesul penal în zona de interferență al activităților de interes pentru securitatea și siguranța națională, în zona competențelor menite să asigure premisele legale de prevenire, descoperire a faptelor ce se constituie în amenințări sau chiar infracțiuni în domeniul arătat.

Legea 281/ 2003 întregește cadrul normativ prin adăugarea sau modificarea normelor și completarea Codului de procedură penală cu aplicabilitate în domeniul dreptului informațiilor, referindu-se la :

- condiții și limitele acestora cu privire la efectuarea interceptărilor și înregistrărilor judiciare a **comunicărilor**;
- aplicarea principiului prezumției de nevinovăție până la stabilirea vinovăției prin **hotărâre penală rămasă definitivă**;
- condițiile folosirii în justiție, **ca mijloace de probă**, a înregistrărilor audio-video;
- proceduri și reguli speciale de **protecție a martorilor**;
- realizarea **investigațiilor sub acoperire**.

Trei acte normative consacră regulile de bază ale **restrângerii exercițiului unor drepturi și libertăți**, cu directă legătură cu utilizarea informațiilor în domeniul dreptului¹, în special cu dreptul procedural penal: **Constituția României, Codul de procedură penală și Legea 51/1991 privind siguranța națională**.

Astfel în conformitate cu prevederile constituționale de la art. 53 :

„1. Exercițiul unor drepturi sau libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru : **apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav**.

¹ **Convenția Europeană a Drepturilor Omului , art. prevede:** „ Nu este admis amestecul unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acest amestec este prevăzut de lege și dacă constituie o măsură care, într-o societate democratică, este necesară pentru securitatea națională, siguranța națională, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protejarea sănătății și moralei, ori protejarea drepturilor și libertăților altora”.

2 Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică. Măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau a libertății.”

Condițiile impuse de Constituția României sunt exhaustive, imperative și trebuie să fie analizate în totalitate, atunci când sunt implicații ce ar face necesară restrângerea unor drepturi și libertăți :

- a) Prima condiție este aceea a **utilității și primordialității**. Introducerea sintagmei „numai dacă se impune” presupune ca o obligație pentru toți cei ce realizează astfel de restrângeri să analizeze cu cea mai mare atenție **necesitatea unei astfel de măsuri, utilitatea, dacă alte măsuri nu ar avea același rezultat, dacă valoarea apărută este mai importantă decât restricția**. Ordinea în care se pot întreprinde măsuri prin care se apără valorile fundamentale ale statului și cetățenilor, pun pe ultimul plan amestecul în exercitarea drepturilor fundamentale și numai dacă acest lucru este necesar cu imperativitate.;

- b) A doua condiție este aceea ca restrângerea dreptului, drepturilor sau libertății se realizează **numai pentru apărarea: securității naționale, a ordinii, a sănătății, a moralei publice, a drepturilor și libertăților celorlalți cetățeni, pentru buna desfășurare a instrucției penale, pentru prevenirea unor calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav**. Lista valorilor este exhaustivă, la ea nu se poate adăuga nici o altă valoare considerată la momentul respectiv la fel de importantă, sau chiar mai importantă. Valorile enumerate sunt de natură a constitui însăși fundamentul statului și existenței națiunii și poporului nostru, astfel încât restrângerile ce se pot efectua pe un timp relativ scurt ar fi de înțeles. Se pune problema dacă aceste concepte cum ar fi securitatea națională, ordinea, sănătatea, morala publică, sau drepturile și libertățile cetățenești sunt pentru autoritățile publice definite prin lege, astfel încât ele să poată fi apărute în conformitate cu întinderea conținutului lor. De asemenea conceptul de **restrângere a dreptului** trebuie să fie deosebit de bine definit pentru ca să nu poată fi înțeles ca o **abolire**, în sensul cel mai restrictiv, ori **doar ca o simplă limitare** ceea ce ar face inoperabile măsurile luate de autorități. În măsura în care în doctrină sunt tratate pe larg conceptele sus amintite, iar în legi speciale sunt definite securitatea națională, instrucția penală, dezastrul, putem spune că sunt acoperitoare în o anumită măsură textele constituționale. Cu toate acestea este necesar ca pe viitor definirea termenilor să se facă de organul de interpretare autentică, respectiv Parlamentul, pentru a nu lăsa un domeniu atât de sensibil ca „restrângerea drepturilor fundamentale” să fie stabilit prin alte norme decât **legile** statului.

- c) În alin.(2) al art.53 din Constituție se dau jaloanele cu privire la limitele restrângerii drepturilor în sensul că restrângerea nu poate avea loc decât **în limitele unei societăți democratice**. Aceasta înseamnă că în nici un caz dreptul sau drepturile nu pot fi restrânse până la golirea lor de conținut sau nu pot fi abolite. În același înțeles se poate interpreta durata restrângerii, care trebuie să fie strict delimitată în timp, ba mai mult, nu poate fi prelungită, decât pe timpul strict necesar luării măsurilor de protejare a valorilor superioare dreptului restrâns. De asemenea, restrângerea drepturilor nu poate fi realizată pentru o categorie, grup, clasă socială sau pentru o populație, ci doar pentru un individ luat separat, chiar dacă el face parte dintr-un grup de persoane. În societatea democratică restrângerea dreptului sau a unor drepturi nu va avea consecințe viitoare în situația în care măsura nu are o relevanță juridică, nici pentru persoana în cauză și nici pentru persoanele

cu care a venit în contact. Prin lege se realizează în societatea democratică informarea persoanei, ulterior încetării restrângerii dreptului, că drepturile sale au fost restrânse, chiar dacă subiectul restrângerii nici măcar nu a sesizat acest lucru (este situația în care drepturile la intimitate, spre exemplu, au fost încălcate prin ascultarea telefonului mobil, etc.).

Deși legiuitorul abordează în art. 53 din Constituție situațiile când se restrânge exercițiul unor drepturi, în lucrarea de față ne vom limita în abordarea doar a restrângerii a două dintre acestea, ce au ca obiect **„apărarea securității naționale”** și **„desfășurarea instrucției penale”**.

Restrângerea unor drepturi sau libertăți în cele două situații se realizează în condiții și modalități specifice ce își au reglementarea în prevederile Legii siguranței naționale – Legea nr. 51/1991, precum și în Codul de procedură penală.

Situațiile în care se pot restrânge drepturile constituționale fundamentale pentru rațiuni de apărare a **securității naționale** sunt în mod expres prevăzute la art. 13 din Legea 51/1991 astfel:

- interceptarea comunicațiilor ;
- căutarea unor informații documente sau înscrisuri pentru a căror obținere este necesar accesul într-un loc, la un obiect;
- deschiderea unui obiect;
- ridicarea și repunerea la loc a unui obiect sau a unui document;
- Examinarea unui document, extragerea informațiilor pe care acestea le conțin;
- Înregistrarea, copierea sau obținerea de extrase dintr-un document prin ori ce procedee;
- Instalarea de obiecte, întreținerea și ridicarea acestora din locurile în care au fost depuse.

Prin lege se stabilește temeiul legal al autorizării unor astfel de activități, când există indicii din care să rezulte existența uneia din amenințările la securitatea națională pentru a cărei prevenire, descoperire sau contracarare este necesară emiterea **unui mandat din care să rezulte :**

- categoriile de activități pentru care este necesară emiterea mandatului;
- identitatea persoanei ale cărei comunicații trebuie interceptate,
- dacă persoana este cunoscută sau dacă persoana deține informațiile;
- documentele sau obiectele ce trebuie obținute;
- descrierea generală, dacă și când este posibil, a locului unde urmează a fi executate activitățile autorizate;
- durata de valabilitate a mandatului solicitat.

Pentru apărarea securității naționale, aceste activități pot fi autorizate când există date sau indicii din care să rezulte existența uneia dintre următoarele amenințări la adresa securității naționale :

a) planurile și acțiunile care vizează suprimarea sau știrbirea suveranității, unității, independenței sau indivizibilității statului român;

b) acțiunile care au ca scop, direct sau indirect, provocarea de război contra țării sau de război civil, înlesnirea ocupației militare, aservirea față de o putere străină ori ajutarea unei puteri sau organizații străine de a săvârși ori care din aceste fapte;

c) trădarea prin ajutarea inamicului;

d) acțiunile armate sau orice alte acțiuni violente care urmăresc slăbirea puterii de stat;

e) spionajul, transmiterea de secrete de stat unei puteri sau organizații străine ori agenți ai acestora, procurarea ori deținerea ilegală de documente sau date secrete de stat, în vederea transmiterii lor unei puteri sau organizații străine ori agenților acestora sau în ori ce alt scop neautorizat de lege, precum și divulgarea secretelor de stat sau neglijența în păstrarea acestora;

f) subminarea, sabotajul sau ori ce alte acțiuni care au ca scop înlăturarea prin forță a instituțiilor democratice ale statului ori care aduc atingere gravă drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor români sau pot aduce atingere capacității de apărare ori altor asemenea interese ale țării, precum și actele de distrugere, degradare sau aducerea în stare de neîntrebuințare a structurilor necesare bunei desfășurări a vieții social-economice sau apărării naționale;

g) acțiunile prin care se atentează la viața, integritatea fizică sau sănătatea persoanelor care îndeplinesc funcții importante în stat ori a reprezentanților altor state sau a organizațiilor internaționale, a căror protecție trebuie să fie asigurată pe timpul șederii în România, potrivit legii, tratatelor și convențiilor încheiate, precum și practici internaționale;

h) inițierea, organizarea, săvârșirea sau sprijinirea în ori ce mod a acțiunilor totalitariste sau extremiste de sorginte comunistă, fascistă, legionară sau de altă natură, rasiste, antisemite, revizioniste, separatiste care pot pune în pericol sub ori ce formă unitatea și integralitatea României, precum și incitarea la fapte ce pot periclita ordinea statului de drept;

i) actele teroriste, precum și inițierea sau sprijinirea în ori ce mod a oricăror activități al căror scop îl constituie săvârșirea de asemenea fapte;

j) atentatele contra unei colectivități săvârșite prin ori ce mijloace;

k) sustragerea de armament, muniție, materii explozive sau radioactive, toxice sau biologice din unitățile autorizate să la dețină, contrabanda cu acestea, producerea, deținerea, înstrăinarea, transportul, sau folosirea lor în alte condiții decât cele prevăzute de lege, precum și portul de armament sau muniție, fără drept, dacă prin acestea se pune în pericol securitatea națională;

l) inițierea sau constituirea de organizații sau grupări ori aderarea sau sprijinirea sub ori ce formă a acestora, în scopul desfășurării vreuneia din activitățile enumerate la lit.a) – k), precum și desfășurarea în secret de asemenea activități de către organizații sau grupări constituite potrivit legii.

Legea nr. 535/ 2004 privind prevenirea și combaterea terorismului stabilește în art.20, faptele, situațiile și stările de fapt ce constituie amenințări la adresa securității naționale, respectiv cele prevăzute în art. 3 din Legea nr. 51/1991, la **care se adaugă** și cele de terorism astfel:

„Amenințările la adresa securității naționale a României, prevăzute la art. 3 din Legea nr. 51/1991 privind siguranța națională a României, inclusiv faptele de terorism prevăzute în prezenta lege, constituie temeiul legal pentru a se propune procurorului de către organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale, în cazuri justificate, să solicite autorizarea efectuării unor activități în scopul culegerii de informații, constând în: interceptarea și înregistrarea comunicațiilor, căutarea unor informații, documente sau înregistrări pentru a căror obținere este necesar accesul într-un loc, la un obiect sau deschiderea unui obiect; ridicarea și repunerea la loc a unui obiect sau document, examinarea lui, extragerea informațiilor pe care acesta le conține, cât și înregistrarea,

copierea sau obținerea de extrase prin orice procedee; instalarea de obiecte, întreținerea și ridicarea acestora din locurile în care au fost depuse”.

În ceea ce privește respectarea prevederilor Codului de procedură penală în legătură cu **autorizarea** efectuării unor acte, pentru apărarea securității statului prin **mijloace extrapenale**, putem observa următoarele:

a. în art. 13 alin (1) din L.51/1991 se arată că „situațiile prevăzute la art.3 constituie temei legal pentru a se solicita procurorului, în cazuri justificate, cu respectarea Codului de procedură penală, autorizarea efectuării unor acte, în scopul culegerii de informații”. Există o disfuncție între textul amintit și faptul că instituția **înregistrărilor audio sau video** s-a introdus în legislație abia prin Legea nr. 141/1996 de modificare a unor prevederi procedural penale.

b. deși înregistrările audio și video au devenit conform L141/1996 mijloace de probă, acest fapt nu schimbă **natura specială a mandatului pentru apărarea securității naționale**, ci este vorba despre instituirea restrângerii exercițiului unor drepturi în cadrul **instrucției penale**;

c. Legea 281/2003 reglementează în alt mod interceptările și înregistrările audio și video pentru desfășurarea instrucției penale, cu privire la autorizare și limitele duratei acestei autorizări **transferând competența materială la președintele instanței** competente să judece în primă instanță cauza.

Din cele de mai sus se observă că regimul juridic al mandatului solicitat în baza Legii 51/1991 **nu se schimbă** el rămânând un mijloc extrapenal de apărare a securității naționale. În același sens se pot interpreta și prevederile art. 114 din Codul penal, a interceptării și înregistrării convorbirilor, a perchezițiilor, a reținerii și predării corespondenței și a obiectelor trimise de învinuit sau de inculpat ori adresate acestuia. Ușor se poate observa că avem de a face cu persoane împotriva cărora a început cercetarea sau urmărirea penală și **nicidecum persoane ce intră în sfera de activitate a serviciilor de informații**.

Procurorul competent să dispună măsuri sau activități potrivit legii în vederea apărării securității naționale sunt aceia **anume desemnați** de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, astfel cum dispune și mart. 13 alin.3 din L.51/1991 privind siguranța națională. O interpretare logică ar fi și aceea că , dacă legiuitorul ar fi dorit să modifice textul sau înțelesul unor instituții din L.51/1991 ar fi prevăzut aceste modificări **în mod expres** așa cum a procedat și cu alte acte normative și **în mod implicit** pentru a se crea posibilitatea unor interpretări contradictorii. Tragem concluzia că toate modificările sau completările aduse altor acte normative prin Legea 281/2003 **privesc direct sau indirect, sfera acțiunii puterii judecătorești** (cercetarea penală, urmărirea și judecarea infracțiunilor) excluzându-se activitatea organelor de stat cu atribuții în domeniul siguranței naționale.

Un alt argument ar fi acela că Legea 281/2003 nu este o lege de revizuire a Constituției, nu a fost adoptată ca atare, și nici nu are prevederi de modificare a textului (vezi art. 49 alin1. din textul vechi și art. 53alin1. din textul nou), astfel încât nu se schimbă natura juridică a diferitelor categorii de restrângeri ale drepturilor și libertăților.

Un argument „european” în sensul celor arătate mai sus ar fi acela al jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului care admite în țările comunitare existența unei legislații care **autorizează** interceptarea comunicațiilor, pentru a ajuta poliția judiciară să se achite de sarcinile ei, în scopul apărării ordinii și prevenirii „infracțiunilor penale”.

Astfel potrivit jurisprudenței CEDO „*societățile democratice sunt amenințate, în zilele noastre, de forme foarte complexe de spionaj și de terorism, așa că statul trebuie să fie capabil, **pentru a combate aceste amenințări**, să supravegheze în secret elementele subversive care operează pe teritoriul său. Curtea admite că existența unor dispoziții legislative, care acordă puteri de **supraveghere secretă** a corespondenței, trimerilor poștale și telecomunicațiilor, este necesară într-o societate democratică, pentru securitatea națională și / sau apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor penale*”.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului stabilește următoarele reguli cu privire la lupta împotriva terorismului următoarele reguli:

- statele nu ar putea duce o luptă eficientă împotriva spionajului și terorismului fără măsuri adecvate de supraveghere secretă;
- Tuturor sistemelor de supraveghere trebuie să li se stabilească un control care să ofere suficiente garanții pentru eliminarea abuzurilor;
- Este de dorit ca acest control să fie încredințat unui judecător, mai ales că activitățile de supraveghere ar putea prejudicia societatea democratică;
- Ascultările judiciare trebuiesc realizate de autorități naționale;

CEDO face distincție între „ascultările judiciare” și „ascultările în interesul apărării securității naționale” acceptând că fiecare poate avea un alt regim juridic, cu perioade de valabilitate diferită , fiind autorizate de judecător sau procuror , după cazul în care este vorba despre „instrucție penală” sau „apărarea securității naționale” .

BIBLIOGRAFIE

*** Constituția României

*** Codul penal

*** Codul de procedură penală

Cristian Popa – Elemente de drept penal cu aplicabilitate în domeniul securității naționale, curs universitar specializat, Editura ANI, 2008

Cristian Popa – Fundamente de drept cu aplicabilitate în domeniul securității naționale, curs universitar specializat, Editura Lumina lex, 2004;

Traian Dima – Drept penal partea generală, vol. 1 – 2, Editura Lumina lex, 2005

Alexandru BOROI și Gheorghe NISTOREANU – Drept penal și drept procesual penal, curs selectiv pentru licență, Editura ALL Beck, 2005

INTEGRAREA ȘI GLOBALIZAREA ECONOMICĂ

Asist. Univ. Drd. ADRIANA RODICA MUREȘAN
Universitatea “Bogdan Vodă” Facultatea de drept,
400560 Cluj –Napoca, România.

ABSTRACT

The phenomenon that marks the evolution of world economy for the last decades stays under the sign of globalization, interdependency, integration and interaction. Whatever might happen, in any part of the world, that phenomena can have a big or small impact on the whole world economy.

For making “an easier life”, the national states considered that it would be better if they gather under regional groups. In this way the regional cooperation represents a significative dimension of diplomacy.

The experience cumulated till now demonstrates that a series of political, economical, security and cultural problems can be approached and resolved in a relatively homogenous field, where it exists a certain fusion and a comun experience of development.

1. CUVINTE-CHEIE

- **Context economic global** = caracteristicile economice ale mediului în care Uniunea Europeană își exercită rolul de mare putere economică și unul din liderii schimburilor comerciale

- **Interdependență** = una dintre caracteristicile economiei globale, referitoare la relațiile dintre statele lumii, tendință accentuată la începutul mileniului III

- **Gloablizare** = una dintre realitățile mediului economic global, generator de efecte pozitive, dar și negative, dacă viteza sa de amplificare devine incontrollabilă

- **Politica comercială a Uniunii Europene** = totalitatea principiilor uniforme aplicate la nivelul tuturor statelor membre ale U.E., în cadrul schimburilor comerciale derulate cu exteriorul, incluzând măsuri de natură tarifară și netarifară, măsuri de promovare și stimulare a exporturilor

- **Regionalism** = unul din punctele forte ale politicii comerciale a U.E., care, pe lângă consolidarea unei piramide complexe de acorduri preferențiale bilaterale, se orientează și spre crearea unei zone pan-europene

- **Dinamism economic** = principala trăsătură comună a economiilor Chinei, Indiei și Rusiei, manifestată în ultimii ani, și una din sursele de atracție pentru Uniunea Europeană

- **Efectele extinderii** = cuprind atât efectele pozitive cât și cele negative, manifestate prin acutizarea problemelor comunitare interne și creșterea nemulțumirii statelor din “vechea gardă”.

2. DIMENSIUNILE GLOBALIZĂRII ECONOMICE

Dimensiunile globalizării sunt strâns legate. Atunci diferențiem dimensiunile, este important să observăm că acestea nu pot fi delimitate în mod clar una de cealaltă. Astfel – problemele globale legate de mediu nu pot fi cercetate izolat nici de dimensiunea „economice” și nici de dimensiunea „politică”, dar globalizarea „economică” poate fi un punct de start și o forță motrice semnificativă.

În lucrarea sa „Criza capitalismului global”, George Soros postulează: „Fundamentalismul de piață constituie astăzi o amenințare mai mare pentru societatea deschisă decât oricare dintre ideologiile totalitate”¹.

Exemple în ceea ce privește dimensiunile globalizării pot fi extrase fără probleme din presa de zi cu zi. Dimensiunea economică aflându-se de cele mai multe ori pe primul loc (creșterea economică a comerțului și a investițiilor directe, globalizarea piețelor financiare, producție integrată la nivel trans-național, corporații trans-naționale, competiție la nivel local, etc).

„Dinamica globalizării este controlată de forțele economice, totuși consecințele sale cele mai importante țin de domeniul politic” este părerea lui Klaus Muller.

Teodor Meleșcanu despre globalizare: „Cred că, indiferent dacă unii îl acceptă sau nu, fenomenul este ca un val care vine oricum peste noi. Globalizarea a adus de fapt României eliberarea de sub comunism, pentru că, în mare măsură noi ne-am înscris într-o tendință care a trecut prin zona noastră europeană”.

Cele mai des invocate cauze, fără ca lista să fie completă sunt: internetul, cheltuielile și viteza de transport, sfârșitul războiului rece, probleme globale (clima, migrația), liberalizarea, etc. Repartizarea neuniformă a câștigurilor, impozitele neplătite de centrele financiare off-shore, crizele internaționale ca rezultat al unor mișcări de capital speculative, o concurență ruinoasă la nivel local, din cauza potențialelor amenințări venite din direcția companiilor multinaționale, precum și celelalte consecințe nefaste ale globalizării economice pot fi analizate numai în contextul global, actorii de la toate nivelele trebuie să coopereze. În contextul globalizării economice și în special a celei europene o importanță deosebită o prezintă prevederile Contractului de la Maastricht cu referire la Uniunea Economică și Monetară, cadrul de asigurare a stabilității economice a Europei, care are în vedere creșterea importanței globale a pieței financiare europene în comparație cu zonele de influență ale dolarului sau ale yenului și realizarea unei piețe transatlantice care să conducă în continuare la reducerea taxelor vamale și la înlăturarea altor bariere care stau în calea comerțului internațional. Acțiunile întreprinse în acest sens au condus la încheierea unor acorduri regionale cunoscute sub denumirea de Acordul de liber Schimb al Americii de Nord (NAFTA), Forul de

Cooperare Economică Asia-Pacific (APEC), Zona de Liber Schimb Latino-americană formată din Argentina, Brazilia, Paraguay și Uruguay (MERCOSUR), Zona de Liber Schimb din Asia de Sud - Est (AFTA), Zona de Liber Schimb din Europa Centrală (CEFTA), Uniunea Europeană (U.E.). Mișcările internaționale de capital s-au accelerat la începutul anilor '80, în timpul lui Ronald Reagan și Margaret Thatcher, piețele financiare devenind cu adevărat globale la începutul anilor '90, după colapsul imperiului sovietic.²

¹ Soros George, „Criza capitalismului global”, Polirom Arc.

² George Soros, op. cit, p. 23

Globalizarea are loc atunci când există o „redistribuire teritorială a diversității lumii ca întreg”. Astfel, cu cât mai mare va fi participarea la diversitatea mondială, prezentă sau accesibilă în interiorul comunităților teritoriale, cu atât mai mare va fi gradul de globalizare.

Globalizarea se numără printre cele mai importante schimbări sociale cu care se confruntă lumea de azi. Multe dintre problemele fundamentale din prezent, cum ar fi cele ecologice sau evitarea unei confruntări militare la scară mondială sunt, în ceea ce privește scopul, de importanță mondială.

Globalizarea, ca fenomen dominant al economiei mondiale, este un proces în salturi, declanșat de competiția și concurența dintre principalii poli ai puterii economice internaționale, care cuprinde toate laturile vieții economice. La baza acestui proces se află o serie de factori economici, tehnici, sociali-politici etc., care acționează simultan și intercolerat la nivel internațional, regional și național. La nivel internațional acționează noile tehnologii performante, expansiunea ramurilor industriale moderne, ascensiunea sectorului de servicii, reducerea sau înlăturarea barierelor naționale în procesul derulării fluxurilor internaționale de bunuri, servicii, tehnologie și capital. La nivel regional, se constată tendința de concentrare a activității economice în trei principale regiuni, respectiv America de Nord, Europa Occidentală și Asia. Nivelul național vizează extinderea sectorului privat și a pieței, deschiderea lor spre exterior.

Globalizarea economică reprezintă stadiul în care a ajuns procesul real, pozitiv și de lungă durată, de dezvoltare a internaționalizării economiei, de mondializare a schimburilor și interdependențelor economice dintre economiile naționale și statele lumii contemporane.

Gradul de integrare economică globală se măsoară prin:

- ✓ creșterea comerțului mondial în raport cu cea a producției mondiale.
- ✓ creșterea accesului la piețele de capital.

Globalizarea este tema preferată a cercurilor liberale de dreapta, care consideră piața drept unic reglator al economiei atât pe plan național, cât și la scară planetară. Exprimând interesele marii finanțe internaționale și ale corporațiilor internaționale, acestea susțin și promovează dezvoltarea neîngrădită a schimburilor internaționale, circulația rapidă a cuceririlor științei și tehnicii contemporane, accesul tuturor țărilor la resursele financiare pentru dezvoltare. În schimb, o serie de economiști, politologi și oameni politici de stânga privesc critic procesul globalizării, evidențiind laturile sale negative, contradictorii și care privesc economicul și socialul. Aceștia consideră globalizarea ca fiind un proces de distribuire a puterii economice, de accentuare a decalajelor economice și a diferențierilor sociale la nivel mondial. Procesul globalizării duce la accentuarea inegalităților economice și sociale pe plan intern și internațional, la intensificarea concurenței și a unor forme neloiale ale acesteia, la creșterea fără precedent a rolului piețelor de capital, în raport cu puterea organelor administrative naționale, ceea ce afectează suveranitatea națională.

Cu toate acestea, realitățile economice infirmă aceste două opinii extreme, globalizarea fiind considerată un fenomen benefic pentru omenire. În cadrul acesteia, însă, unii participanți se află în postura de câștigători, iar alții, de perdanți. De aceea, pentru a răspunde cerințelor, este necesar ca acest proces să se desfășoare pe baza unor reguli valabile pentru toți participanții la fluxurile economice internaționale și să se asigure o nouă configurație a schimburilor și dezvoltării economiei mondiale. În acest context, performanțele economice și sociale ale globalizării vor fi mai evidente, repartizarea lor va fi mai echitabilă. În acest fel se va demonstra necesitatea globalizării economice, se va

înlătura teama unor oameni fîă de acest proces, se vor percepe corect consecințele acestuia, faptul că nu este un pericol pentru suveranitatea țărilor. Dimpotri, globalizarea asigură progres economic și social tuturor țărilor participante, acționând astfel că un factor de sprijin al afirmării suveranității naționale.

3. INTEGRAREA ECONOMICĂ A ROMÂNIEI

Ca rezultat al politicii comerciale a României, din analiza datelor disponibile pentru anul 2008, rezultă că România continuă tendințele de creștere a exporturilor manufacturate, cu valoare adăugată mare, în scopul valorificării superioare a posibilităților de export. În acest sens, Planul de măsuri al Strategiei Naționale de Export pentru perioada anilor 2008-2009 prevede noi acțiuni în contextul în care România a devenit membru al Uniunii Europene și anume:

- Coordonarea inițiativelor de susținere și promovare a exportului și de acces pe piețe cu cele ale Uniunii Europene
- Adaptarea practicilor de susținere și promovare a exportului cu cele comunitare
- Implementarea de strategii de branding pentru sectoare cu potențial de export
- Adaptarea și concretizarea Strategiei Naționale de Export la nivel de regiuni de dezvoltare și elaborarea de strategii regionale de competitivitate la export, conform experienței din U.E.

Integrarea deplină a României pe piața internă unică a U.E. presupune, în esență, în ceea ce privește politica comercială, îndeplinirea următoarelor priorități:

- Considerarea economiei de piață funcțională după aderarea la U.E., capabilă să facă față presiunilor concurențiale din Comunitate
- Realizarea unui cadru instituțional și a unor mecanisme similare cu cele ale U.E., pentru a nu produce distorsionări și pentru a consolida un anume tip de democrație și economie specifice U.E.
- Inițierea măsurilor necesare care să conducă la o creștere economică într-o economie bazată pe folosirea cunoștințelor
- Realizarea conformității între piața muncii din România, dar și standardele și obiectivele U.E., în ceea ce privește nivelul de ocupare și condițiile de muncă, prin creșterea coeziunii sociale între grupuri de populație și regiuni
- Asigurarea unei rate de creștere care va permite României convergența către standardul de viață mediu din U.E., atât în termeni reali, cât și nominali.

Politica comercială determină în general un impact semnificativ asupra nivelului competitivității, aspect care stă la baza majorității obiectivelor enumerate mai sus. Ele influențează volumul și valoarea importurilor țării și performanța exporturilor, modifică comportamentul producătorilor și se resimt la nivelul majorității consumatorilor. Ele pot de asemenea produce efecte indirecte pe piața forței de muncă și în sectorul bunurilor interne comercializabile. Reglementările în domeniul vamal determină schimbări instituționale și generează astfel șocuri în mediul de afaceri intern și modificări ale atractivității economiei locale. Principalele concluzii care au rezultat din examinarea politicii comerciale externe a României sunt:

- Liberalizarea comerțului exterior, prin reducerea taxelor vamale și a numărului de bariere de ordin administrativ, prin eliminarea treptată a restricțiilor cantitative și

îmbunătățirea cadrului instituțional, a dus la o deschidere a economiei românești. Aceasta a echivalat cu o creștere a ponderii exporturilor și importurilor în produsul intern brut.

- Pe lângă creșterea de ansamblu a volumului și valorii comerțului exterior al României, se poate vorbi despre un efect de deturnare de comerț către partenerii din țările Uniunii Europene datorită stabilirii de acorduri, de zone vamale cu aceste grupuri de state pe parcursul perioadei de preaderare. Uniunea Europeană este acum principalul partener comercial al României.

- Datorită acordurilor încheiate de România, cele mai multe schimbări legate de politicile tarifare și-au produs deja impactul inițial de șoc asupra pieței românești. În anii care urmează preconizez că influența datorată alinierii tarifelor vamale ale României la sistemul Uniunii Europene va fi mai mică decât în anii precedenți. Aceasta se va concentra în acele sectoare pentru care ratele tarifului consolidate și ratele tarifare efective sunt încă mari în comparație cu ratele Uniunii Europene, sau mult mai mici, caz destul de rar întâlnit la noi.

- Liberalizarea comerțului dintre România și țările Uniunii Europene a condus la o specializare crescută a acestor regiuni în acele produse și sectoare în care erau deja specializate. Rezultatul este valabil atât pentru producție cât și pentru exporturi.

- Rata de creștere a importurilor în România a fost în general mai mare decât cea a exporturilor, în ciuda eforturilor făcute de Guvernul României și de Banca Națională pentru atenuarea procesului de deteriorare a deficitului comercial și de cont curent.

- Creșterea importurilor a fost însoțită de o creștere lentă dar constantă a investițiilor străine directe, care a început să genereze unele efecte pozitive în economia României, începând cu anul 2000.

Aderarea României la Uniunea Europeană începând cu 1 ianuarie 2007 a adus modificări de cea mai mare importanță în politica comercială externă a țării noastre. În acest sens, România a eliminat ultimele restricții tarifare și netarifare din comerțul reciproc cu statele membre ale Uniunii Europene și fac astăzi parte din piața unică comunitară, care reunește aproape 500 de consumatori. În ceea ce privește relațiile comerciale cu terțe piețe extra comunitare, România a transferat la nivelul Uniunii Europene competențele naționale în elaborarea și aplicarea politicii comerciale externe, exercitând împreună cu celelalte țări membre ale Uniunii competențele în cadrul politicii comerciale comune a UE. Dacă în ceea ce privește regimul importului în țările membre ale Uniunii Europene există o armonizare a tuturor regulilor tarifare și netarifare, în legătură cu regimul exportului, nu toate regulile au fost armonizate. Un exemplu în această privință îl constituie domeniul măsurilor și instrumentelor de promovare și stimulare a exportului. În acest caz au fost armonizate reglementările numai în ceea ce privește creditele de export, inclusiv garantarea și asigurarea acestora, precum și subvenționarea exportului pentru o serie de produse agricole. Restul gamei deosebit de largi a măsurilor și instrumentelor de susținere a exportului a rămas în competența guvernelor statelor membre ale Uniunii Europene. Aceste guverne au însă obligația să respecte reglementările convenite în cadrul Organizației Mondiale a Comerțului.

Exportul constituie unul din cei mai importanți factori de creștere economică și de dezvoltarea comerțului exterior. Pentru România creșterea rapidă a exportului a devenit o prioritate națională, în condițiile unui deficit cronic al balanței comerciale. Soldul deficitar al balanței comerciale externe, modul mai puțin ferm de aplicare a politicii comerciale din

România, pune cu mai multă seriozitate problema luării unor măsuri de excepție, de protejare a economiei naționale, față de situația agravantă în care ne găsim.

După părerea mea ar fi nevoie de câteva recomandări, astfel:

- Trebuie mai mult încurajat exportul întreprinderilor foarte mici, mici și mijlocii, dar și cel provenit din județele și regiunile cele mai puțin dezvoltate din România, printr-o mare diversitate de măsuri și instrumente de stimulare și promovare atât în țară cât și în străinătate a livrărilor pe piețele externe. Creșterea rolului internetului în prezentarea firmelor de export românești este absolut obligatorie

- Bazat și pe experiența altor țări membre ale UE, este nevoie de dezvoltarea puternică a cercetării științifice privind exportul României și a măsurilor și instrumentelor practicate de alte state membre ale UE pe linia promovării acestuia, utilizându-se parteneriatele între ministerele cu activitate de export sau asociațiile naționale ale producătorilor pe ramuri și facultățile de profil din universitățile românești

- Strategia Națională de Export a României prin programele sale de susținere și promovare ale acestuia ar trebui să acorde atenție încurajării exportului românesc pe piețele importante din Est și de Sud-Est, Asia Centrală și din Orientul Mijlociu

- Este nevoie de stabilirea unor obiective concrete cuantificabile privind dezvoltarea rapidă a exportului românesc, chiar dublarea volumului valoric până la finele anului 2013 și a firmelor care se ocupă cu exportul propriu – zis, pentru a putea reduce deficitul comercial din ultimii ani

- Prioritatea încurajării exportului românesc să constea în elaborarea de programe sectoriale, județene, regionale care să asigure creșterea competitivității ofertei de export a României și îmbunătățirea prezentării produselor, a calității și ambalajului produselor, și bineînțeles prețul atractiv și a unor servicii adecvate.

La întâlnirea de la Bruxelles din 19 februarie 2009 s-a constatat o creștere a nivelului economic și a pieței interne ale țărilor membre ale U.E.

În conformitate cu ultimul tablou de bord al pieței interne realizat de Comisia Europeană, statele membre continuă să desfășoare cu succes acțiunea de transpunere la timp în dreptul intern a normelor convenite privind piața internă. În medie, doar 1,0% din directivele privind piața internă al căror termen de transpunere a expirat nu se regăsesc în prezent transpuse în dreptul intern. Aceasta înseamnă că majoritatea statelor membre respectă noul obiectiv de 1,0% convenit de șefii de stat. 17 state membre au îndeplinit obiectivul, Danemarca și Malta împărțind locul frunții. În total, 14 state membre au atins sau și-au egalat cel mai bun rezultat de până acum. Lucrurile nu se sfârșesc însă aici. Acest tablou de bord actual prezintă gradul de integrare economică atins – ilustrând faptul că ar fi destul loc pentru mai bine din acest punct de vedere dacă și când vor fi eliminate obstacolele existente – și analizează cât de bine aplică statele membre în practică normele pieței interne. În această privință, lucrurile nu stau la fel de bine: cifrele arată că numărul mediu de cazuri de aplicare greșită a normelor a crescut la 49 pe stat membru și că aceste cazuri necesită prea mult timp pentru a fi rezolvate. Pentru a soluționa problemele cu care se confruntă pe piața internă, cetățenii și agenții economici apelează din ce în ce mai mult la serviciile comunitare de rezolvare a problemelor și consiliere, în loc să folosească proceduri formale de reclamație, după cum arată rapoartele anuale SOLVIT și SOC (Serviciul de orientare pentru cetățeni)

Cele trei rapoarte – tabloul de bord al pieței interne, SOLVIT și SOC – sunt emise în prezent ca pachet, evidențiind legăturile strânse între transpunerea legislației și rezolvarea în practică a problemelor pe piața internă.

Transpunerea directivelor privind piața internă

- La un nivel de **1,0%**, deficitul mediu de transpunere al celor 27 de state membre – procentul de directive privind piața internă care nu au fost transpuse la timp în dreptul intern – corespunde și de această dată noului obiectiv privind deficitul, care trebuie realizat până în 2009. Însă aceasta înseamnă totuși că **92** de directive privind piața internă nu au fost transpuse la timp în dreptul intern. Printre aceste 92 de directive se numără **22** ale căror termene de transpunere **au expirat deja cu mai mult de doi ani în urmă**.

- Până în prezent, 14 state membre și-au atins sau și-au egalat cel mai bun rezultat: **Danemarca, Malta, Slovenia, Țările de Jos, România, Slovacia, Letonia, Ungaria, Finlanda, Franța, Austria, Irlanda, Republica Cehă și Portugalia**.

- **Danemarca și Malta** (0,3%) se află amândouă pe primul loc, având un deficit de doar 5 directive netranspuse.

- **Republica Cehă** a făcut cele mai spectaculoase progrese, reducându-și deficitul cu 1,1% și atingând astfel nivelul de 1,4%.

- Pe de altă parte, **Cipru, Grecia, Portugalia, Polonia și Luxemburg** nu au reușit să atingă obiectivul de 1,5%.

- **Deficitul Luxemburgului și al Poloniei este dublu față de media deficitului de transpunere la nivel comunitar.**

Încalcări

- **Italia și Spania** numără cele mai multe cazuri de inițiere a procedurilor de încălcare a dreptului comunitar. Cu toate acestea, **Italia** a reușit cea mai mare reducere a numărului acestora (15), urmată de **Franța** (9), **Spania și Malta** (5). Pe de altă parte, în cazul **Belgiei și Slovaciei** numărul de astfel de proceduri a crescut, aceste state având 14, respectiv 11 noi proceduri inițiate.

- Din cele 5 state membre care au obținut cele mai slabe rezultate în ceea ce privește transpunerea la timp a directivelor (Cipru, Grecia, Portugalia, Polonia și Luxemburg), trei (**Grecia, Portugalia și Polonia**) au înregistrat și o creștere a numărului de proceduri de încălcare a dreptului comunitar.

Noul capitol din tabloul de bord, privind stadiul integrării economice în cadrul pieței interne, demonstrează că **extinderea** poate fi considerată ca fiind principalul motor al continuării integrării în cadrul pieței interne, majoritatea statelor membre UE-10 fiind foarte deschise la importuri și la investiții directe din partea altor state membre. La nivelul tuturor statelor membre, comerțul intracomunitar cu mărfuri este mult mai dezvoltat (16,9% din PIB în 2007) decât comerțul intracomunitar cu servicii (5% din PIB), ceea ce indică un potențial considerabil de sporire a gradului de integrare.

CONCLIZII:

- putem spune că mecanismul integrării economice cuprinde: crearea unui spațiu economic comun; circulația liberă a factorilor de producție atunci când există o piață comună; consumarea resurselor împreună, cu eficiența **economică** și socială maximă; realizarea unei uniuni vamale; realizarea unor politici comune în domeniul economic, monetar, financiar și social.

- globalizarea este o realitate probabil ireversibilă și orice țară care-și pregătește temeinic viitorul se vede nevoită să interfereze cu ea.
- Politica de dezvoltare promovată de Uniunea Europeană este o politică de coeziune economică și socială, bazată preponderent pe măsuri active de dezvoltare. Sprijinul financiar și politic acordat de UE are ca scop atingerea unui nivel de dezvoltare superior capabil să ofere avantaje economice și sociale atât pe plan intern, cât și extern.
- În România politica regională vine în întâmpinarea unor necesități reale ale colectivităților locale și regionale. Aceasta poate fi caracterizată ca reprezentând un nou mod de abordare a dezvoltării, o abordare de jos în sus, bazată pe inițiativele, planurile și programele de dezvoltare ale colectivității locale și regionale.
- Sectorul industriilor prelucrătoare din România a suferit deja restructurări majore, fiind aproape de momentul când va putea face față concurenței din cadrul pieței unice a Uniunii Europene. Efectul pozitiv datorat creșterii gradului de concurență a fost perceput la nivelul consumului de pe acum și se va extinde și asupra perioadei următoare.

BIBLIOGRAFIE

1. EMILIAN M. DOBRESCU – INTEGRAREA ECONOMICĂ, *Ed. ALL BECK, București, 2001, p. 1-12*
2. EUGEN OVIDIU CHIROVICI, NAȚIUNEA VIRTUALĂ ESEU DESPRE GLOBALIZARE, *Ed. Polirom, Iași, 2001, p. 119*
3. GEORGE SOROS - „ECONOMIE ȘI SOCIETATE”
4. GEORGE SOROS- DESPRE GLOBALIZARE, *Ed. Polirom, Iași, 2002, p. 23*
5. GEORGE SOROS – CRIZA CAPITALISMULUI GLOBAL, *Ed. Polirom Arc*
6. JOSEPH E. STIGLITZ - MECANISMELE GLOBALIZĂRII
7. JOSEPH E. STIGLITZ-GLOBALIZARE.SPERANȚE ȘI DEZILUZII
8. VIRGIL GHEORGHITĂ – „ECONOMIE MONDIALĂ”
9. WWW.ECONOMICA.MD
10. WWW.GLOBALIZARE.RO

PROCESUL GLOBALIZĂRII. EXTINDEREA U.E.

Asist. Univ. Drd. ADRIANA RODICA MUREȘAN¹

RÉSUMÉ

L'élargissement de l'Union, en élargissant le domaine de la paix, la sécurité, la prospérité sur l'Union européenne a donné lieu à assurer la sécurité de tous les peuples européens. Les nouveaux États membres vont enrichir le patrimoine représenté par différentes langues, cultures, traditions et ses trésors, et l'intégration des autres États est considérée comme un facteur positif. Il y aura une préoccupation active, l'augmentation réelle de la qualité de vie, un processus qui sera atteint grâce à une politique européenne commune visant à protéger l'environnement et une meilleure sécurité pour tous les Européens. Peu de litige les décideurs qui ont besoin de processus d'ordre moral, économique et politique, même si certains d'entre eux, comme ceux de France, mais converti. Je pense que l'élargissement est considéré comme un grand facteur de stabilisation dans l'Europe orientale continent

CAP. I. PROCESUL GLOBALIZĂRII.

1.1. La început de mileniu, lumea și relațiile internaționale sunt mult mai complexe decât erau înainte. Este un paradox ca astăzi, când perioada războiului rece s-a încheiat și continentul european are o șansă reală să se integreze pe baza valorilor democrației și economiei de piață, a respectului drepturilor fundamentale ale omului, securitatea a început să fie din nou o chestiune foarte controversată, poate chiar mai mult ca înainte.

Pe de altă parte asistăm la o mondializare inevitabilă, care reprezintă fundamental seismului geopolitic pe care 1-a prevestit căderea „zidului Berlinului”. Creșterea exponențială a liberalizării schimburilor și revoluția tehnologică a rețelelor informatice sunt factori cu acțiune conjugată care, în timp, ar trebui să pună în cauză viziunea clasică asupra suveranității statelor.

Primele inițiative regionale coerente au debutat în anii 1950 și 1960, rezultatele fiind însă minore, excepție făcând Vestul Europei odată cu înființarea Comunităților Europene. Unii analiști au denumit aceste inițiative “vechiul regionalism”. În ultimii ani ai deceniului '80 a debutat și este în curs o nouă rundă de integrare regională (de asemenea denumită “noul regionalism”). Global, pe perioada ultimelor două decade, a avut loc un nou val de inițiative politice care sprijină integrarea regională, în timp ce, în comerțul internațional, după eșecul rundeii Doha, contractele regionale și bilaterale au răsărit ca ciupercile.

Uniunea Europeană poate fi catalogată ca un rezultat al regionalismului. Ideea care a stat la baza acestei identități regionale sporite, este aceea ca o regiune cu cât devine mai integrată economic, cu atât va deveni mai integrată și politic. Din această perspectivă exemplul European este deosebit de valoros și anume: dezvoltarea din punct de vedere politic a Uniunii Europene după mai mult de 40 de ani de integrare economică în cadrul continentului. Precursorul Uniunii Europene, a fost Comunitatea Economică Europeană (CEE) care era pe de-a întregul o entitate economică.

¹ Universitatea “Bogdan Vodă” Facultatea de Drept, 400560 Cluj –Napoca, România.

Departe de a fi o excepție, România este cu atât mai sensibilă la acest fenomen cu cât de ani buni devenirea noastră statală a avut ca pilon central concepția etatistă și centralizatoare a suveranității. Suveranitatea poporului nu există în afara puteri statale.

Tot mai mult în ultima vreme, în lume se manifestă o tendință care nu mai poate fi limitată: mondializarea. În atari condiții par firești interogări cum sunt: care este viitorul României pe o planetă mondializată? Cum ne vom gestiona interesele de securitate? Vom mai avea vocația de actor reprezentativ pentru sud-estul european și vom reuși să îndeplinim rolul statului printr-un nou tip de guvernare politică, socială și economică capabilă să identifice sau să creeze vectorii unei existențe transnaționale? Un răspuns la aceste întrebări este condiționat de maniera în care ne percep fără, dacă noi înșine îi mai acordăm șansa de a o considera ca un organism viu, articulat într-o formă instituțional-statală stabilă.

Unii consideră mondializarea ca fiind un proces aflat în curs de desfășurare, cu impact global; alții îi reduc conținutul la cel al unei ideologii care legitimează supremația Occidentului și consacră occidentalizarea sau americanizarea lumii.

În acest context vom face referire la un alt termen, respectiv cel de regionalizare. Acesta definește o consecință, fie un mod de protecție împotriva globalizării, în ultima instanță un instrument prin care se caută surmontarea dificultăților generate de dimensiunile prea reduse ale statelor naționale create în perioada post westică. Astfel, se profilează două tipuri de regionalizare: una de esență „dură”, care caută să transforme microregiunile în spații de state naționale între care competiția să prevaleze asupra cooperării. Cea de-a doua este deschisă și funcțională modernizării sau chiar americanizării lumii bazate pe „soft-power”. Ambele tipuri de regionalizare, dincolo de diferențe au și elemente comune, relevante pentru înțelegerea procesului. Poate cel mai șocant dintre ele este cel referitor la permeabilizarea frontierelor.

Frontiera nu mai are rolul unei împrejmuiri intangibile a teritoriului. Statul devine inevitabil parte a unui întreg: lumea globalizată, iar spațiul sau teritorial se înțelege de acum după o logică a fluxurilor în toate domeniile: capitaluri, bunuri, informații, cultură, persoane. Toate aceste fluxuri sunt atât vectori de putere pentru cei care știu să le producă, să le stăpânească și să le dea un sens, cât și factori de destabilizare, dacă sunt văzute ca o fatalitate.

Trebuie să se tragă concluzia că sfârșitul suveranității clasice reprezintă un pericol mortal pentru statul și poporul român!

Conceptelor de globalizare și interdependență se contrapune fragmentarea statelor și balcanizarea lumii. Procesul de cunoaștere și explozia informațiilor au devenit dimensiuni critice atât în strategie, cât și în economie, politică și, ca urmare în geopolitică. Unii cercetători susțin că globalizarea ar reprezenta „uniformizarea și diluarea culturilor naționale sau locale într-un mare tot străbătut de fluxuri și rețele de comunicare”, fiind apanajul unor chestiuni politice și, deci, ideologice.

În condițiile în care procesele globalizante sunt parazitare și se manifestă în modalități afectate de limite ale procesărilor sociale, se dezvoltă necesitatea de interogare a problematicii întru obținerea interpretării satisfăcătoare, căci numai prin înțelegerea corectă și cuprinzătoare a problematicii globalizării se poate ajunge la acea globalizare care se poate dovedi a fi fructuoasă pentru procesualitatea socială. Întrucât prin globalizare sporește dependența tuturor organizațiilor sociale de caracteristicile și starea „întregului”, este important ca tot mai mulți participanți la proces să se situeze pe poziții care să

descurajeze eventualele evoluții cu consecințe disfuncționale. Dar, în lipsa interpretării satisfăcătoare generate de situarea conservatoare pe poziții ideologice și religioase, consensual, colaborarea și cooperarea sunt puțin probabile, ceea ce face ca pozițiile divergente, nefavorabile să fie inevitabile. Aceasta este rațiunea pentru care consider că analiza pe baza reperelor teoretice pertinente a globalizării este necesară; ea trebuie să fie suficient de nuanțată încât să poată să fundamenteze investigații sistematice și satisfăcătoare ale proceselor de globalizare.

Am constatat că termenul de globalizare, inițial sub denumirea de mondializare reprezenta tema principală a discursurilor politice privind „noua ordine mondială”, se impune pe la mijlocul anilor '90, perioada în care se configura o nouă ordine a economiei mondiale, a relațiilor internaționale prin eliminarea ideologiei comuniste care împânzise lumea.

Globalizarea subinclude o multitudine de procese complexe cu o dinamică variabilă, atingând toate domeniile existenței sociale pe care capacitatea socială o dinamică variabilă, atingând capacitatea socială de procesare a informațiilor nu o poate încă delimita satisfăcător în modalități scientizate și nu reduționiste, politice, ideologice ori religioase, după cum o voi releva și argumenta pe parcursul studiului. Imperiul universal, accelerat de procesul globalizării este deja aici și trebuie să ținem cont de el.

1.2. Efecte pozitive și efecte negative în globalizare

În procesul de globalizare sunt părți care câștigă și părți care pierd, astfel încât acest fenomen creează la nivelul piețelor naționale și piețelor mondiale „învinși” și „învingători”. Deși prezintă anumite avantaje, cum ar fi oportunitatea unor piețe mai largi, posibilitatea producerii și comercializării unei game mari de bunuri, șanse sporite pentru atragerea de capitaluri și pentru intrarea în „jocul” schimburilor de tehnologii de vârf, globalizarea antrenează consecințe nefaste pentru umanitate, în special prin marginalizarea unor indivizi sau grupuri care nu fac parte din procesul globalizării și prin daune pe care le provoacă mediul înconjurător, apelând la concurența neloială și îndârjită. Globalizarea se poate constitui într-o forță dinamică și puternică a creșterii și dezvoltării. În măsura în care este corect gestionată, pot fi constituite fundamentele unei creșteri susținute și echilibrate la nivel internațional. Pentru aceasta se impune menținerea unei perseverențe în căutarea de soluții consensuale prin dialog deschis și direct, care trebuie să țină cont de interesele tuturor participanților. Pentru a ajuta țările să prevină și să depășească orice efect negativ al globalizării, să culeagă beneficiile și să răspundă oportunităților și provocărilor sale, Comunitatea internațională trebuie să reconsidere și să elaboreze strategii și politici de dezvoltare care să ia în considerare demersurile de dezvoltare în plan social, uman și în ceea ce privește mediul înconjurător. Țările mai puțin avansate se confruntă cu grave carențe privind capitalul uman, infrastructura materială, lipsa politicilor macroeconomice, absența cadrului juridic corespunzător, ca și a unor instituții adecvate, acestea fiind totodată cele mai vulnerabile în fața catastrofelor naturale. Având în vedere că globalizarea are efecte contradictorii, numeroase țări în curs de dezvoltare se văd marginalizate tot mai puternic.

Comunitatea internațională trebuie să asigure o coerență mult mai mare a politicilor macroeconomice și să ia măsuri concrete pentru a garanta o integrare echilibrată a țărilor în curs de dezvoltare în plin proces de globalizare. Dinamismul ridicat al mecanismului de

propagare a procesului de globalizare, precum și tendințele macroeconomice create de acest mecanism, favorizează apariția unui mediu internațional nou pentru dezvoltare. Globalizarea sau mondializarea (cum le place francezilor să numească globalizarea) nu este doar un cuvânt la modă, ci reprezintă o sinteză a transformărilor radicale cu care s-a confruntat lumea în ultimul timp. Noutatea în globalizare este „dispariția singurului sistem care concura cu capitalismul la scară globală, așa-zisul comunism sovietic”, după „Le monde”.

În ceea ce mă privește, consider că globalizarea este un proces și un fenomen complex, în principal caracterizat prin:

- Afectarea suveranității naționale, a identităților culturale, spirituale, politice, sociale

- Nașterea unei societăți civile globale
- Comprimarea timpului și a spațiului
- Creșterea interdependențelor la nivel global
- Liberalizarea piețelor
- Internaționalizarea schimburilor, producției, tehnologiilor
- O revoluție industrială și transnaționalizarea tehnologiei
- Dominația firmelor multinaționale
- Concurența acerbă la nivel global.

E tot mai discutat faptul că tendința globalizării a fost și este susținută de o serie de grupuri discrete, neoficiale, inclusiv politic, care au o influență hotărâtoare asupra deciziilor publice și private importante. Atunci când diferențiem dimensiunile globalizării este important să observăm că acestea nu pot fi delimitate în mod clar una de cealaltă. Astfel, pentru a numi doar un exemplu problemele globale legate de mediu nu pot fi cercetate izolat nici de dimensiunea „economiei” și nici de dimensiunea „politică”. Această rețea globală reprezintă una dintre particularitățile globalizării. Sistemul global nu este doar un mediu în interiorul căruia se dezvoltă și evoluează societățile particulare. Legăturile sociale, economice, politice și culturale care traversează granițele dintre state condiționează în mod decisiv soarta celor care trăiesc în fiecare din ele. Termenul general folosit pentru a caracteriza această interdependență crescândă a societății umane este acela de globalizare. Ar fi o greșeală să ne gândim la globalizare ca la un simplu proces de creștere a unității lumii noastre. Globalizarea relațiilor sociale ar trebui să fie înțeleasă în primul rând ca o reordonare a timpului și distanței în viața socială și politică. Viața noastră este influențată din ce în ce mai mult de evenimente ce se petrec departe de contextul social în care ne desfășurăm activitățile cotidiene, chiar dacă astăzi globalizarea cunoaște o dezvoltare mai rapidă. Apare paradigma dezvoltării socio-spatiale cu cei doi termeni opuși: individualizare și globalizare. În timp ce schimbarea socială a fost inițial abordată în cadre locale, regionale și naționale, acum pompată este asupra internaționalizării și globalizării. A crescut interesul în explicarea relațiilor dintre unitățile teritoriale și lumea ca întreg, discuțiile purtându-se asupra problemelor cu privire la „legătura micro-macro”, „raportul global-local” și la analizele multi-level. Problema care rămâne deschisă este cea referitoare la modul în care s-ar putea merge dincolo de enumerarea simplă a diferiților indicatori ai globalizării precum operațiunile corporațiilor multinaționale și transnaționale, comunicațiile prin satelit, existența unei limbi universal acceptată, moneda unică acceptată, problemele ecologice și de mediu ale lumii actuale, abordarea globală a problemelor de securitate și pace, o economie globală, etc.

În procesul globalizării se manifestă o sensibilitate crescută la diferențele care apar la scară mondială, diferențe care formează bazele interacțiunii competitive și complementare. Cum interdependențele la scară mondială cresc în fiecare moment și odată cu recunoașterea faptului că există „o singură lume”, posibilitățile pentru soluțiile izolate, parțiale sunt acum diminuate pentru individ, comunitate locală sau stat-națiune. Un exemplu relevant este problema poluării aerului devine din ce în ce mai dificil de rezolvat, independent de resursele materiale și politice actuale.

Cu cât mai mare va fi nivelul de globalizare cu atât mai restrânsă va fi sfera „alternativelor de evadare”. În acest sens globalizarea este un fel de totalizare a spațiului mondial. Teoria dependenței nu este propusă ca o alternativă a globalizării, ci pentru a arăta că, globalizarea poate înainta atât în direcția libertății cât și în cea a dominației. Nivelul globalizării poate fi caracterizat prin măsura în care unitățile teritoriale restrânse sunt deschise și permit accesul forțelor lumii ca întreg. Nu există globalizare acolo unde există „comunități teritoriale” închise la niveluri locale, regionale sau naționale pentru că, dacă ar fi așa, lumea ar fi în totalitate mecanică, un agregat de sisteme închise și în interior omogene. Globalizarea are loc atunci când există o „redistribuire teritorială a diversității lumii ca întreg”. Așadar, cu cât mai mare va fi participarea la diversitatea mondială, prezentă sau accesibilă în interiorul comunităților teritoriale, cu atât mai mare va fi gradul de globalizare. Globalizarea totală va însemna că trăsăturile locale vor fi aceleași ca și cele mondiale. Ne apropiem de situația în care întreaga lume se va regăsi în fiecare localitate, în fiecare colț de lume, în același timp, fiecare localitate, regiune sau națiune se va regăsi pe întreg globul. Se poate considera că globalizarea poate depăși discontinuitățile temporale pe baza coerenței ritmurilor neasimilate ale diferitelor activități și a includerii „temporale” ce rezultă din extinderea funcționării serviciilor particulare la cadrele spațiale mondiale. Ne putem întreba care va fi rezultatul procesului de globalizare și dacă este posibil în viitor lumea să devină un sistem politic unic, condus de un guvern mondial. Globalizarea se numără printre cele mai importante schimbări sociale cu care se confruntă lumea de azi.

După părerea mea va apărea un guvern mondial, dar după un proces destul de îndelungat. Însă trebuie să recunoaștem că S.U.A. deține funcția de principal motor al globalizării.

În concluzie, în condițiile în care asimetriile continuă să se adâncească, țările în curs de dezvoltare nu vor deveni competitive în domeniile în care sunt optime perspectivele lor de creștere durabilă, întrucât multe sectoare de export ale acestora fac încă obiectul unor protecții puternice.

1.3. Concluziile studiului de față pot fi utile la elaborarea concepției de asigurare a integrării și regionalizării în condițiile globalizării, în ale cărei limite pot fi relevate cu certitudine direcțiile necesare ale dezvoltării statelor Uniunii Europene în sfera globalizării și evidențiate pericolele principale și secundare, precum și rezervele indispensabile ale acestei dezvoltări.

CAP. II. EXTINDEREA UNIUNII EUROPENE (VALUL AL V-LEA)

2.1. Unii analiști politici, consideră că marii “părinți fondatori” ai integrării europene au jucat un rol major în startul procesului de unificare Europeană: **Jean Monnet** (1888-

1979), **Robert Schuman** (1886-1963), **Konrad Adenauer** (1876-1967) și **Alcide De Gasperi** (1881-1954).

Afirmând că „lărgirea Uniunii Europene constituie o necesitate politică și o șansă istorică pentru Europa” și reiterând principiul oportunităților egale, care guvernează procesul de aderare la Uniune a țărilor asociate din Europa Centrală și de Est au depus cereri de aderare la Uniunea Europeană. Extinderea Uniunii Europene este o evoluție naturală, firească, care aduce sfârșitul divizării continentului nostru și are un impact la toate nivelurile care fac referire la soarta continentului nostru. Extinderea, lărgirea zonei de pace, securitate, prosperitate pe care Uniunea a adus-o Europei va asigura securitatea tuturor popoarelor europene. Noile state membre vor îmbogăți Uniunea Europeană prin moștenirea reprezentată de diferitele limbi, culturi, tradiții sau tezaure, iar integrarea altor state este considerată un factor pozitiv. Va exista o preocupare activă, reală pentru o creștere a calității vieții, proces ce va fi realizat prin politici comune europene care vizează protecția mediului și o securitate mai bună pentru toți cetățenii Europei.

Remarcăm că „de jure”, cea de a 5-a extindere a Uniunii Europene a fost abordată unitar încă de la lansarea sa, fiind definită de către Consiliul European de la Luxemburg (din decembrie 1997) ca „un proces global inclusiv și evolutiv”, care urmează să se desfășoare etapizat „în funcție de ritmul propriu al fiecărui candidat în parte și de gradul său de pregătire”

„De facto”, însă, procesul a fost scindat prin decizia aceleiași Consiliu European referitoare la deschiderea negocierilor de aderare cu doar șase dintre cele 12 state candidate la aderare. Ulterior, reafirmarea explicită de către Consiliul European de la Helsinki (în decembrie 1999) a principiilor „recuperării și evaluării conform meritelor proprii” în procesul de negociere, va conduce la o abordare unitară a performanțelor celor 12 țări candidate, renunțându-se la sintagme de genul „state candidate din valul doi”. O nouă scindare în coeziunea grupului „celor 12” se va produce în octombrie 2000. Când strategia pentru extindere a Comisiei Europene stabilește un „road map” al negocierilor de aderare care să permită încheierea acestora în 2002, și prin urmare, să facă posibilă lansarea primelor aderări în 2004. Cea de-a cincea extindere a Uniunii Europene s-a consumat la data de 1 Mai 2004, după ratificarea tratatului de aderare.

Puțini sunt factorii de decizie care mai contestă necesitatea morală, economică și politică a procesului, chiar dacă unii dintre ei, cum au fost cei din Franța, dar care s-au convertit. Cred că extinderea Uniunii este percepută ca un extraordinar element stabilizator în estul continentului European. După al cincilea val de extindere, Europa este al treilea ansamblu populat din lume, cu mult însă în urma Chinei și Indiei, dar înaintea Statelor Unite ale Americii și Rusiei. Uniunea Europeană reprezintă, astăzi, o treime din bogăția lumii și o cincime din comerțul internațional. După părerea mea, integrarea României și Bulgariei în Uniune a marcat începutul extinderii propriu-zise în Balcani. Temerile privind consecințele celei de-a cincea extindere a Uniunii Europene nu au fost confirmate decât în mică măsură, iar membri se bucură de avantajele apartenenței oficiale la structurile comunitare. Specialiștii au constatat că una din temerile de la începutul aderării s-a confirmat. Este vorba de creșterea criminalității organizate, care are rădăcini în țările vecine membrilor din al cincilea val ai Uniunii Europene. O altă problemă care stârnește dezbateri aprinse este contribuția fiecărui membru la bugetul european. Cel mai mare efort al politicianilor și instituțiilor se concentrează pe aducerea la cunoștință cetățenilor a conceptului de Europă unită, aflat pentru mulți la nivel de noțiune abstractă. Statele din al

cincilea val au temeri în vederea adoptării monedei unice euro. Procesul este unul dificil din cauza condițiilor impuse de Banca Centrală Europeană țărilor care vor să treacă la moneda euro. Cetățenii statelor membre se tem și se bucură în egală măsură de perspectiva intrării în zona euro, iar informarea lor cu privire la efectele acestei treceri va avea un rol important.

Țările din valul al cincilea au câteva avantaje clare în clipa când vor adapta moneda unică, față de țările mai vechi intrate în Uniune. Cel mai important avantaj este că populația acestor state este deja familiarizată cu euro, care circulă și sunt utilizați în aceste țări. Oricum, fiecare stat membru al Uniunii Europene decide data când va adopta moneda euro, la noi s-a apreciat în jurul lui 2012-2013.

2.2. Aderarea Bulgariei și a României nu este considerat un val de extindere separat, ci o completare a valului al cincilea, început în 2004.

Al cincilea val al extinderii a avut două faze. În prima fază, la 1 mai 2004, au aderat la UE 10 noi state: Cipru, Republica Cehă, Estonia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Slovacia, Slovenia și Ungaria. A doua fază a fost încheiată la 1 ianuarie 2007, odată cu aderarea la Uniune a României și Bulgariei. Cea de-a cincea extindere, cea mai mare din istoria integrării europene, are și o valoare simbolică: pune capăt diviziunii Europei din timpul Războiului Rece. UE are în prezent 27 de state membre, o populație de aproape jumătate de miliard de locuitori, și o monedă unică, euro, în circulație din 2002.

2.3. LARGIREA UNIUNII EUROPENE

2.3.1. Primele patru valuri ale extinderii și implicațiile acestora

În 1957, la Roma, prin semnarea Tratatului de către 6 țări – Belgia, Franța, Germania, Italia, Luxemburg și Olanda – se puneau bazele Comunității Economice Europene, transformată prin Tratatul de la Maastricht din 1992 în Uniunea Europeană. Până în prezent, lărgirea UE a înregistrat 5 etape, valuri ale lărgirii astfel:

- * 1973 – Danemarca, Irlanda și Regatul Unit (Anglia)
- * 1981 – Grecia
- * 1986 – Portugalia și Spania
- * 1995 – Austria, Finlanda și Suedia
- * 2004 – Cipru, Republica Cehă, Estonia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Ungaria, Slovenia și Slovacia.

Ultimul val, al cincilea, al extinderii spre Est se deosebește fundamental de precedentele valuri atât prin dimensiunea fenomenului (numărul cel mai mare de țări: 10, extinderea suprafeței cu 34% și mărirea populației cu circa 105 milioane, diversitatea țărilor participante – grade diferite ale dezvoltării sociale, istorie și cultura diferite), cât și prin impactul atât asupra UE, cât și asupra noilor țări membre și rațiunile lor, motivațiile diferite care au stat la baza deciziilor de lărgire a UE. Rațiunea lărgirii cu primul val – Anglia, Irlanda și Danemarca se pare că a fost în primul rând de ordin economic, avându-se în vedere potențialul economic al noilor membri și diminuarea concurenței dintre aceste țări și „cei 6”. Al treilea val reprezentat de Portugalia și Spania – sudul continentului – a avut mai degrabă rațiuni politice legate de considerații geopolitice – întărirea flancului sudic al NATO – și de atenuare a disensiunilor dintre Spania și Anglia, țările nou intrate având un potențial economic mai redus decât ceilalți membri UE. Antepenultimul val –

Austria, Suedia și Finlanda – a avut la bază tot rațiuni economice, respectiv întărirea din punct de vedere economic a UE față de ceilalți poli de putere mondială – SUA și Japonia. Impactul lărgirilor anterioare asupra membrilor incluși cât și asupra UE a fost deosebit. Din punct de vedere al membrilor, în domeniul economic, aderarea a însemnat accesul la un singur set de reguli de comerț, de tarife, de proceduri administrative, prin urmare o singură piață care simplifică colaborarea și îmbunătățește condițiile pentru comerț și investiții, participarea la elaborarea și aplicarea politicilor, inclusiv monetară și a cursului de schimb, accesul la fondurile structurale, dar și eforturi deosebite de restructurare economică și adaptare la cerințele criteriilor de convergență ale Uniunii Economice și Monetare (UEM). Din punct de vedere al UE, impactul este evident în domeniul politicilor comunitare, cum ar fi fondurile structurale și de coeziune, politicile sociale, piața unică internă, UEM, politica externă prin reprezentarea intereselor membrilor UE, creșterea importanței UE în problemele globale, în cadrul comerțului internațional, devenind astfel un pol al puterii comparabil cu SUA.

2.3.2. EXTINDEREA SPRE EST ȘI SPECIFICUL ACESTEIA

Ultimul val al lărgirii UE în mai 2004, cu cele 8 țări din Europa Centrală și de Est (ECE), plus Cipru și Malta, prin particularitățile reliefate mai sus și prin situația internă la nivelul UE, se deosebește radical de cele anterioare și, având în vedere premisele, condițiile și implicațiile, reprezintă în fapt un proces istoric de o mare complexitate, practic de unificare a continentului european care a impus modificări revoluționare ambelor părți. Prin urmare, în analiza specificului ultimei lărgiri a UE trebuie avute în vedere următoarele:

- * Durata relativ mică a procesului de aderare și numărul foarte mare de țări: 10 țări, la care putem adăuga și pe celelalte două care deja au semnat tratatele de aderare – Bulgaria și România – care au presupus eforturi deosebite din partea UE pe linia monitorizării celor 12 țări, desfășurări simultane a negocierilor, eforturi financiare deosebite aferente procesului de tranziție și a programelor de preaderare.

- * Redefinirea structurilor instituționale și administrative, a obiectivelor viitoare prin principalele tratate – de la Maastricht în 1992, Amsterdam 1997, Nisa în 2001 – concretizate în Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa.

- * Țările din Europa Centrală și de Est erau țări în tranziție care nu aveau o economie de piață funcțională și un sistem democratic consolidat. Din această cauză Consiliul European de la Copenhaga din iunie 1992 a constituit un set de cerințe, anume criteriul politic prin care țările respective trebuie să asigure „stabilitatea instituțiilor ce garantează democrația, statul de drept, drepturile omului și protejarea minorităților” și criteriul economic, adică existența unei economii de piață funcționale, capacitatea de a rezista presiunilor concurențiale și forțelor pieței din interiorul uniunii, respectiv criteriul administrativ și legislativ, stabilit prin Agenda 2000, și anume abilitatea de a asuma obligațiile ce decurg din calitatea de membru al Uniunii, respectiv crearea cadrului instituțional și legislativ, cunoscut sub denumirea de *acquis comunitar*.

- * Lipsa experienței participării la structuri integraționiste, situație în care chiar UE sugera țărilor candidate dobândirea acestei experiențe prin participarea la grupări integraționiste anterior integrării în UE, în acest sens cele mai multe țări dobândind o astfel de experiență în Acordul Central European de Comerț Liber (CEFTA).

*Continuarea logică a spiritului Tratatului de la Roma care nu prevede limite geografice sau alte restricții pentru aderare cu condiția ca statul candidat să împărtășească valorile europene.

* Rațiunile care au stat la baza extinderii spre est, conform unor opinii tot mai frecvente, sunt în primul rând de natură politică și apoi economică.

2.3.3. PRINCIPIILE, ETAPELE ȘI CERINȚELE EXTINDERII SPRE EST

Deși nu reprezintă un set conturat de la început, pe parcursul procesului de largire au fost instituite câteva principii ale extinderii. Principiul șanselor egale apare cu ocazia lucrărilor Consiliului European de la Madrid (decembrie 1995), conform căruia țările candidate sunt tratate pe bază de șanse egale, egalitatea între state fiind susținută de Jean Monnet, inițiatorul „proiectului european” încă de la începutul construcției europene. Principiul diferențierii s-a conturat prima dată la Consiliul European de la Lisabona (iunie 1992) când s-a făcut o departajare între țările din AELS și cele fost 64 socialiste; referitor la țările din Estul și Centrul Europei, Consiliul European de la Copenhaga a stabilit că fiecare țară candidată va fi apreciată corespunzător propriilor merite. La Luxemburg (decembrie 1997), Consiliul European lansează procesul de extindere, acordând statutul de candidat statelor respective, însă împarte procesul de extindere în etape, statele respective fiind divizate în două grupe: grupul celor care urmau să înceapă imediat negocierile de aderare și grupul, din care făcea parte și România, al celor care trebuia să mai aștepte. Principiul condiționalității înseamnă că aderarea este condiționată de îndeplinirea unor criterii, principiu care se extinde și asupra unor fonduri de preaderare. Cadrul relațiilor bilaterale UE – țările ECE începe practic, cu excepția României care este inclusă în 1974 pe lista țărilor beneficiare de preferințe generalizate în favoarea țărilor în curs de dezvoltare, după evenimentele din 1989, când UE a fost găsită cam nepregătită în fața opțiunii acestor țări de a se integra în structurile europene.

Pentru înțelegerea fenomenelor se impune chiar și schematic trecerea în revistă a acțiunilor și măsurilor pe lungul drum al integrării în UE.

* În 1990 se lansează în sprijinul țărilor respective programul Phare.

* În perioada 1991-1996 – încheierea Acordurilor de asociere cu toate țările care au devenit candidate, intrarea în vigoare a acordurilor fiind între 1994-1998. Acordul european cu România a fost semnat la data de 1 februarie 1993.

* În iunie 1993, la Copenhaga, Consiliul European decide crearea unei relații structurale și a unui dialog multilateral cu țările ECE, Cipru și Malta și aprobă criteriile de aderare („criteriile de la Copenhaga”)

* În decembrie 1994 la Essen, Consiliul European adoptă documentul programatic – „Strategia de pregătire a țărilor asociate din Europa Centrală și de Est pentru aderarea la UE”.

* În decembrie 1995 la Madrid, Consiliul European confirmă că „extinderea este necesară din punct de vedere politic, este o oportunitate istorică și oferă noi posibilități de creștere economică”, afirmații reiterate la Torino (martie 1996)

* La 16 iulie 1997, Comisia Europeană dă publicității documentele cunoscute sub numele de Agenda 2000, precum și Avize referitoare la toate cele 10 țări asociate din Europa Centrală și de Est. Agenda 2000 este o strategie privind largirea spre est – Ucraina, Belarus și Moldova – și conturează și perspectiva financiară UE până în anul 2006. În

același document, Comisia recomandă începerea negocierilor de aderare cu 6 dintre statele candidate (Polonia, Ungaria, Cehia, Slovenia, Estonia și Cipru).

- * În decembrie 1997 la Luxemburg, Consiliul European consfințește, în unanimitate, statutul de candidat pentru cele 10+1 (Cipru) state europene.

- * La 30 martie 1998 la Bruxelles, a avut loc lansarea oficială a procesului de lărgire a Uniunii cu toate statele nominalizate la Luxemburg și se lansează strategia consolidată de preaderare care include toate statele candidate, strategie ce presupune un sprijin financiar sporit.

- * La 25 martie 1998, Comisia Europeană aprobă Parteneriatele pentru aderare pentru cele 10 țări, iar statele candidate au elaborat în cursul anului Programele Naționale de Aderare. Începând cu anul 1998 Comisia Europeană începe seria Rapoartelor Anuale (Regular Reports) asupra țărilor candidate.

- * În decembrie 1999 la Helsinki, Consiliul European ia decizia de începere a negocierilor de aderare cu al doilea grup de state candidate (România, Slovacia, Bulgaria, Letonia, Lituania și Malta)

- * În decembrie 2000 la Nisa, Consiliul European afirma ireversibilitatea procesului de extindere a UE

- * În iunie 2001 la Göteborg, se convine perspectiva finalizării negocierii cu statele candidate cele mai avansate spre sfârșitul anului 2002 și participarea acestora la alegerile din 2004 pentru Parlamentul European.

- * În noiembrie 2001, Raportul Comisiei Europene recomandă o extindere tip „big – bang” în 2004 cu 10 din cele 12 state candidate aflate în procesul de negocieri, respectiv fără Bulgaria și România, considerate a nu fi îndeplinit criteriile economice.

- * În iunie 2002 la Sevilla, Consiliul European apreciază că ar putea fi încheiate negocierile cu cele 10 țări până la sfârșitul anului, iar semnarea Tratatului de Aderare ar putea avea loc în primăvara anului 2003. În legătură cu Bulgaria și România se apreciază că acestea au realizat progrese remarcabile, urmând a se stabili un calendar privind aderarea, până la sfârșitul anului, iar privitor la Cipru, UE preferă aderarea unei insule reunite.

Strategia de pre-aderare a avut ca instrumente de implementare:

- * Acordurile Europene

- * Parteneriatele pentru Aderare și Programele Naționale pentru Adoptarea Acquis-ului comunitar.

- * Asistența de pre-aderare (programele Phare, ISPA și SAPARD, actualele fonduri structurale).

Acordurile Europene, care instituie asocierea între UE și țările respective, au reprezentat baza legală a relațiilor între părți, având menirea stabilirii cadrului pentru dialog politic, promovarea comerțului și relațiilor economice între părți, pentru asistența tehnică și financiară comunitară și pregătirea integrării în UE a statelor semnatare.

Parteneriatele de Aderare prevăd priorități clare pe termen scurt și mediu și reprezintă cadrul unic privitor la finanțarea comunitară de pre-aderare.

Celor șase state membre fondatoare ale Comunităților Europene (Belgia, Franța, Germania, Italia, Luxemburg și Olanda) li s-au alăturat 21 de state, în cinci valuri de extindere:

- 1973: Danemarca, Irlanda și Marea Britanie;
- 1981: Grecia;

- 1986: Portugalia și Spania;
- 1995: Austria, Finlanda și Suedia;
- 2004: Cipru, Estonia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Republica Cehă, Slovacia, Slovenia și Ungaria;
- 2007: Bulgaria și România.

Aderarea Bulgariei și a României nu este considerat un val de extindere separat, ci o completare a valului al cincilea, început în 2004.

România a devenit stat membru al Uniunii Europene la 1 Ianuarie 2007, conform calendarului stabilit, începând astfel un proces care a început la mijlocul anilor '90. Aderarea României, împreună cu Bulgaria, la Uniunea Europeană la 1 Ianuarie 2007 încheie astfel cel de al cincilea val al extinderii Uniunii, inițiat la 1 Mai 2004, prin aderarea celor opt state din Europa Centrală și de Est, alături de Cipru și de Malta.

Astfel, de la 1 Ianuarie 2007, Uniunea Europeană este o comunitate ce reunește 27 de state membre și o populație de 492.8 milioane de locuitori și care are 23 limbi oficiale.

România s-a alăturat astfel unei Uniuni de state europene care împărtășesc aceleași valori, având în centru respectul pentru demnitatea umană, democrația, statul de drept și respectarea drepturilor omului și libertăților fundamentale. Uniunea Europeană are drept obiective asigurarea păcii și prosperității, printre realizările sale numărându-se piața internă, precum și crearea Spațiului Schengen, a zonei euro. Obiectivul principal al României la acest moment îl constituie consolidarea progreselor și reformelor realizate, pentru asigurarea unei integrări depline în structurile comunitare. Pe de altă parte, România dorește să aducă o contribuție activă la realizarea proiectelor aflate pe agenda europeană și să sprijine soluții eficiente pentru problemele Uniunii. Prin aderarea României la Uniunea Europeană, cetățenii români au devenit cetățeni ai Uniunii Europene. Începând cu 1 ianuarie 2007, cetățenii români care călătoresc în afara teritoriului național beneficiază, atât pe teritoriul statelor membre ale Uniunii, cât și pe teritoriul statelor terțe, de drepturile conferite de tratatele Uniunii Europene tuturor cetățenilor europeni. Aderarea celor două noi state la Uniunea Europeană a generat o serie de modificări instituționale la nivelul Uniunii Europene. Astfel, începând cu 1 ianuarie 2007, România are, în mod identic cu toate celelalte state membre, drept de vot în toate reuniunile Consiliului Uniunii Europene; având în vedere că este cel de-al șaptelea stat membru ca mărime în Uniune, României îi sunt atribuite 14 voturi. De asemenea, tot la 1 ianuarie 2007, Consiliul a adoptat noua listă de exercitare a succesiunii președințiilor la nivelul Consiliului UE, România urmând să dețină acest mandat în perioada iulie-decembrie 2019. Totodată, potrivit Tratatului de Aderare, României îi revin o serie de poziții în instituțiile comunitare, iar cetățenii români au posibilitatea de a lucra în cadrul instituțiilor europene. Ca stat membru al Uniunii Europene, România ia parte direct la elaborarea și adoptarea politicilor comunitare, contribuind pe fond la lucrările tuturor instituțiilor comunitare, la nivel politic și tehnic (Consiliul UE și formațiunile sale sectoriale, grupurile de lucru ale Consiliului, precum și la reuniunile Consiliului European, comitetele și grupurile de lucru ale Comisiei Europene, Parlamentul European, Comitetul Regiunilor și Comitetul Economic și Social). De asemenea, România va contribui în mod direct la marile linii de politică ale Uniunii (Programul Haga, Strategia Lisabona, Politica energetică, Strategia de Dezvoltare Durabilă etc.), asociindu-se pe fond la dezvoltarea acestora.

2.3.4. Aderarea României la Uniunea Europeană s-a bazat pe următoarele principii:

a) Principii:

- principiul statului de drept și al respectării legii, cu stabilirea unui sistem legislativ uniform și asigurarea protecției drepturilor derivând din reglementările comunitare;
- principiul respectării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului-normă juridică având valoare universală;
- principiul statului-social;
- principiul pluralismului cultural;
- principiul subsidiarității.

b) Obiective care au stat la baza aderării României la U.E sunt:

- stabilitatea instituțiilor ce garantează democrația, statul de drept, drepturile omului, respectul față de minorități și protecția acestora;
- existența unei economii de piață funcționale, precum și capacitatea de-a face față presiunii concurențiale și forțelor pieței din interiorul Uniunii;
- capacitatea de a-și asuma obligațiile ce decurg din calitatea de membru al UE, inclusiv aderarea la țelurile uniunii politice, economice și monetare.
- consolidarea sistemului politic și a instituțiilor democratice;
- crearea unui climat economic și social care să ofere maximum de satisfacție și beneficii cetățenilor ei;

Noile țări membre sunt dezvoltate din punct de vedere economic, nefiind deci o povară financiară pentru bugetul Uniunii; ele sunt, în același timp, democrații vechi și stabile. Această extindere a confirmat atracția exercitată de Uniunea Europeană și funcția sa stabilizatoare în cadrul unui continent aflat în căutarea unei noi arhitecturi.

Extinderea **Uniunii Europene** spre țările central și est europene reprezintă, alături de unificarea monetară, cele mai dure provocări din istoria procesului de integrare în Europa și cu implicații majore asupra viitorului continentului european. În termeni macro-economici, actualele țări candidate, raportat la mărimea celor 15 (UE-15), reprezintă echivalentul Greciei, Spaniei și Portugaliei față de UE-9 din anii '80. Dar, diversitatea economică, socială și instituțională, disparitățile economice și dificultățile tranziției, în contextul exigențelor privind adoptarea monedei unice, generează importante riscuri de dezintegrare. Europa are o șansă unică să devină o forță în competiția globală și să întoarcă definitiv spatele conflictelor care i-au zburcuiat destinul. Uniunea Europeană, ca motor al integrării, dar și statele asociate, sunt, prin urmare, obligate să-și asume această responsabilitate cu realism și să adopte strategii subordonate obiectivelor pe termen lung. Bazată pe ceea ce unește popoarele Europei, pe valorile și interesele comune, actuala extindere poate fi drumul spre stabilitate, pace durabilă și bunăstare în Europa. În prezent, Uniunea Europeană este cel mai important partener comercial pentru toate țările asociate. Acordurile europene au recunoscut intenția țărilor asociate de a deveni membre ale Uniunii Europene, obiectiv confirmat prin depunerea candidaturilor individuale ale acestor țări.

2.3.5. Condițiile de bază pentru extindere. Condițiile care au stat la baza pentru extindere au fost prevăzute prin **Tratatul de la Roma** (art. 49 în Tratatul de la Amsterdam): *“Orice stat european poate deveni membru al Uniunii. El adresează cererea Consiliului, care se pronunță cu unanimitate de voturi, După consultarea Comisiei și După avizul conform al Parlamentului european care se pronunță cu majoritatea absolută a membrilor care-l compun”*. Momentul cel mai important al actualei extinderi îl constituie

Consiliul de la Copenhaga, prin decizia că “orice țară asociată a Europei Centrale și de Est, dacă dorește, poate deveni membră a Uniunii Europene”. Din acel moment problema principală a devenit cea a momentului aderării și a procedurilor de aderare. În acest scop, pentru a putea stabili o strategie conformă cu interesele pe termen lung ale procesului de integrare europeană, Consiliul a precizat: “Aderarea va avea loc pe măsură ce statele asociate vor îndeplini condițiile economice și politice cerute”.

Condițiile, definite atunci, sunt cunoscute sub denumirea de “**criteriile de la Copenhaga**”:

a) instituții stabile, garantând democrația, primatul dreptului, drepturile omului, respectul și protecția minorităților;

b) o economie de piață viabilă și capacitatea de a face față presiunii concurențiale și forțelor pieței interne unice;

c) capacitatea de asumare a obligațiilor aderării, în special subscrierea la obiectivele uniunii politice, economice și monetare.

Aderarea presupune, de asemenea, capacitatea țărilor candidate de a crea condițiile integrării și participării la politicile Uniunii, prin adaptarea structurilor administrative. Consiliul european de la Madrid (dec. 1995) a subliniat că, deși adoptarea legislației europene (acquis-ului comunitar) și transpunerea ei în dreptul intern sunt extrem de importante în procesul aderării, mult mai importantă este crearea și dezvoltarea structurilor administrative și juridice necesare aplicării politicilor europene.

Prin urmare, **criteriilor de la Copenhaga**, le-a fost adăugat un al 4-lea criteriu:

d) capacitatea administrativă de aplicare a acquis-ului comunitar.

Strategia viitoare de extindere a UE trebuie să se bazeze pe experiența acumulată până acum și pe situația politică și economică actuală. Extinderile anterioare au adus beneficii, atât Uniunii în ansamblu, cât și țărilor care au aderat. Există argumente pentru continuarea extinderii. Cred că ar fi în detrimentul Uniunii Europene ca state precum cele din Balcani sau Republica Moldova să rămână în afara Uniunii Europene. În cadrul dezbaterilor privind Procesul și Strategia de Extindere a Uniunii Europene s-a optat în favoarea continuării extinderii Uniunii Europene în ciuda existenței unor voci care susțin contrariul. Uniunea Europeană are nevoie de state vecine care să dezvolte democrații puternice, economii de piață funcționale și statul de drept, politici economice. În acest moment, politica de vecinătate se concretizează în pacte de cooperare sau de asociere care derulează activități similare celor dintr-un proces de negociere, dar la un nivel mult mai puțin consistent. Unii cred că aceste acorduri ar trebui să cuprindă și să aplice proceduri identice celor din capitolele de negociere. Țările care doresc să facă parte din Uniunea europeană trebuie să accepte condițiile de aderare, chiar și în cazul în care nu au semnat un acord prealabil cu țara candidată, iar beneficiile ar fi foarte mari de ambele părți. Momentul extinderii va găsi țările într-o poziție care să le permită o integrare rapidă. **Comisia Europeană** apreciază că extinderea UE va fi benefică nu doar din punct de vedere politic ci și economic. Dar, accentuarea disparităților ce vor rezulta ca urmare a slabelor performanțe economice ale țărilor central și est-europene, prezintă riscuri de dezintegrare Europeană prin disfuncționalitate. În consecință, țările ce doresc aderarea trebuie să parcurgă o etapa de tranziție în care economiile să devină competitive și acquis-ul comunitar să fie transpus în dreptul intern. În sprijinul țărilor candidate, Comisia preconizează o importantă susținere financiară și va recomanda lansarea procesului de adeziune pe măsura îndeplinirii criteriilor solicitate. Pentru a consolida UE și a ajunge la

momentul unei noi extinderi, există o condiție obligatorie: reformarea instituțiilor europene. De aceea, ratificarea Tratatului de la Lisabona este o necesitate care trebuie înțeleasă și îndeplinită de toate Statele Membre.

În concluzie, cadrul european al extinderii UE poate fi definit prin: creșterea rolului politicilor interne în procesul integrării, concentrarea fondurilor regionale în scopul asigurării convergenței reale între regiunile și țările membre, continuarea reformei în politica agricolă comună, disciplina bugetară, extindere diferențiată, cu parcurgerea asistată a unei etape de preaderare, pe măsură ce țările candidate îndeplinesc condițiile precizate la Copenhaga. În cadrul UE există contradicții reale în legătură cu extinderea viitoare, cu distribuirea resurselor și cu obiectivul integrării politice. Cu toate acestea, măsurile adoptate de comunitatea europeană în ultima jumătate de secol nu mai pot fi revocate. UE este deja un actor principal pe scena relațiilor economice internaționale. În domeniile relațiilor externe, de securitate și apărare, ea a făcut oarecare progrese, în sensul dezvoltării acțiunilor comune. Europa este puternică din punct de vedere economic, dar slabă sub aspect politic.

Pe baza recomandărilor Comisiei europene, **Consiliul european de la Luxemburg** (dec. 1997) a decis lansarea unui „proces global de extindere” către toate țările care solicită aderarea.

- Extinderea este un proces *sui generis* în comparație cu celelalte provocări ;
- Ca politică compozită extinderea este mai mult decât o preocupare a organelor comunitare;

- Extinderea depinde de:

- Pregătirea internă a țărilor candidate
- Pregătirea internă a UE
- Negocierile de aderare propriu-zise.
- Premisele actualului proces

- Este vorba de aderarea unui număr foarte mare de țări – monitorizarea performanțelor acestora, derularea simultană a negocierilor, eforturi financiare suplimentare pentru preaderare;

- Aderarea unui număr mare de țări solicită din partea UE redefiniri instituționale și ale politicilor sectoriale;

- Situația țărilor candidate este particulară - economii în tranziție, sisteme democratice aflate la început, nevoia unor criterii mai bine articulate;

- Țările candidate nu au exercițiul participării la grupări integraționiste mature;

- La baza procesului au stat mai ales rațiuni de natură politică;

- Durata procesului de aderare este destul de mică.

- Este vorba de aderarea unui număr foarte mare de țări – monitorizarea performanțelor acestora, derularea simultană a negocierilor, eforturi financiare suplimentare pentru preaderare;

- Aderarea unui număr mare de țări solicită din partea UE redefiniri instituționale și ale politicilor sectoriale;

- Situația țărilor candidate este particulară - economii în tranziție, sisteme democratice aflate la început, nevoia unor criterii mai bine articulate;

- Țările candidate nu au exercițiul participării la grupări integraționiste mature;

- La baza procesului au stat mai ales rațiuni de natură politică;

- Durata procesului de aderare este destul de mică.

Metoda standard de integrare a consacrat următoarele principii

- Statele candidate trebuie să accepte integral *acquis-ul comunitar*;
- Negocierile de aderare se concentrează exclusiv asupra aspectelor practice legate de preluarea Acquis-ului.
- Problemele derivate din caracterul mai divers al grupării se rezolvă, mai degrabă, prin crearea de noi instrumente și nu prin reforme de fond;
- Noii membrii sunt integrați în structura instituțională prin adaptarea progresivă a acesteia;
- S-a preferat negocierea cu grupuri de state având deja relații strânse de colaborare între ele;
- Statele membre folosesc extinderea pentru externalizarea problemelor interne.

Pe plan economic și politic impactul aderării asupra noilor membri va fi direct și indirect.

Pe plan direct economic:

- Liberalizarea comercială
- Aplicarea politicii UE în domeniul concurenței
- Accesul la fonduri structurale

Pe plan indirect economic:

- Reorientarea fluxurilor comerciale
- Restructurarea sectorială
- Implicații regionale
- Noi echilibre macroeconomice ca urmare a criteriilor de convergență.

Pe plan direct politic:

- Prevalența dreptului comunitar
- Aplicarea directă a legislației comunitare
- Modificarea Constituției și a instituțiilor
- Participarea la procesul decizional al UE

Pe plan indirect politic:

- Reorientarea diplomației economice
- Redefinirea arhitecturii politicilor macroeconomice și sectoriale
- Apariția unor noi modele de reprezentare a intereselor la nivelul societății.

■ La 16 iulie 1997- Comisia a dat publicității **Agenda 2000** și **Avizele** privitoare la toate țările asociate; Agenda 2000 formulează următoarele provocări:

- Consolidarea și reformularea politicilor sectoriale ale UE,
- Negocierea extinderii UE;
- Finanțarea procesului de extindere și de pregătire internă a UE
- În 1998 s-a lansat Strategia consolidată de preaderare și Parteneriatele pentru aderare pentru 10 țări candidate
- Începând din 1998 se elaborează Rapoartele periodice asupra țărilor candidate.

În dec. 1999 la Helsinki se decide începerea negocierilor de aderare și cu la doilea grup de țări.

Procesul de preaderare se bazează pe:

- Acordurile europene

- Parteneriatele pentru Aderare

- PNAA

Asistența de preaderare (PHARE, ISPA, SAPARD)

Acordurile Europene conțin:

- *Prevederi cu caracter general*

- *Dialogul politic*

- *Libera circulație a bunurilor*

- *Alte libertăți de circulație*

- *Armonizarea legislativă*

- *Dimensiunile cooperării*

Criteriile de la Copenhaga

- **Criteriul politic** - stabilitatea instituțiilor garante ale democrației, respectarea statului de drept, a drepturilor omului și protecția minorităților;

- **Criteriul economic** - crearea unei economii de piață funcționale capabilă să reziste presiunilor concurențiale derivate din PUI;

- **Criteriul legislativ** - aplicarea acquis-ului comunitar din momentul aderării;

- **Criteriul administrativ** - capacitatea de asumare a obligațiilor derivate din calitatea de stat membru al UE.

Îndeplinirea criteriului economic se estimează în funcție de:

- ritmul și calitatea reformelor interne în țările candidate la aderarea în Uniunea Europeană;

- deschiderea spre exterior a piețelor pe calea liberalizării și amplificării schimburilor comerciale;

- rolul investițiilor străine directe la nivel microeconomic și macroeconomic; strategiile de dezvoltare pe termen scurt și mediu.

PRINCIPIILE EXTINDERII

- Principiul șanselor egale

- Principiul diferențierii

- Principiul condiționalității

EFECTELE EXTINDERII U.E.

- Liberalizarea schimburilor comerciale

- Efecte de alocare

- Efecte de acumulare

- Efecte de localizare

- Impulsionarea fluxurilor investiționale

- Accesul la finanțarea comunitară

Procesul de extindere și valul următor va continua până la Turcia, Ucraina, Croația, Macedonia, Serbia, Bosnia și Herțegovina, Albania, Moldova, care deja depășesc limitele geografice ale continentului european. Nu va fi posibil ca UE să avanseze în Asia și Africa fără a-și pierde identitatea sau a-și risca ieșirea de pe scena politică. Astfel, organizația trebuie să-și definească bine relațiile cu țările care vor rămâne definitiv la granița Uniunii. *Pe 17 decembrie 2004, s-a luat o hotărâre istorică, aceea de a începe negocierile de aderare cu Turcia.* În lumina obiectivului definit de întemeietorul Republicii, marele om de stat Mustafa Kemal Atatürk, "de a atinge nivelul civilizației contemporane", s-au realizat reforme foarte importante, au avut loc mari schimbări. Astăzi, Turcia este țara democratică, laică, care a adoptat principiile statului de drept, în care sunt respectate drepturile omului. Cu aceste caracteristici, Turcia, a cărei populație este majoritar musulmană, a demonstrat că democrația și islamul pot coexista. În cadrul transformărilor care au avut loc de la începuturile Republicii s-a evidențiat vocația europeană a Turciei.

În acest sens, în perioada Republicii, Turcia a devenit membru al tuturor instituțiilor europene importante. Vocația europeană a Turciei se evidențiază clar în cadrul relațiilor sale cu Uniunea Europeană. La reuniunea la nivel înalt a Uniunii Europene de la Helsinki, din anul 1999, Turcia a fost recunoscută ca țară candidată.

Aderarea Turciei va conduce la rezultate importante atât din punctul de vedere al Turciei, cât și al Uniunii Europene. În acest fel, aderarea Turciei la Uniunea Europeană va avea o mare influență pe calea realizării concilierii dintre civilizații.

Acceptarea Turciei ca posibil membru va împinge granițele Uniunii până în Caucaz și Orientul Mijlociu. Turcia este diferită de toate celelalte state. Este cea mai mare și cea mai săracă țară, care a fost invitată pentru începerea negocierilor, și, totodată, cea mai diferită din punct de vedere cultural. În ultimii ani, Turcia s-a transformat profund, însă mai are încă multe etape de parcurs până când va ajunge să îndeplinească toate cerințele impuse pentru aderare. Turcia creează un precedent, care dă speranțe Ucrainei de a se integra și ea în structurile Uniunii Europene și ale NATO, chiar dacă, oficial, răspunsul Bruxelles-ului a fost deocamdată negativ. Cetățenii europeni nu doresc extinderea Uniunii, în special atunci când vine vorba de Turcia. Cu toate acestea, oficialii de la Bruxelles împing granițele UE către Balcani. La data de 3 octombrie 2005, Uniunea Europeană și-a definit viitorul pentru o lungă perioadă de timp. Acceptarea cererii făcute de Turcia pentru deschiderea negocierilor de a deveni membru cu drepturi depline, decizie urmată la câteva zile de reluarea negocierilor cu Croația, semnifică renunțarea la curentul de opinie conform căruia, în locul extinderii, trebuie întărite legăturile politice, economice și culturale între membrii actuali.

Franța, Germania sunt statele care au acceptat cel mai greu procesul de extindere. Marea Britanie, având ca aliat Statele Unite, a făcut presiuni imense pentru extinderea Uniunii. Motivațiile strategice au predominat, interesul global pentru creșterea securității în lume. Nu trebuie omis, din toată această ecuație, faptul că Turcia este un membru deosebit de important al NATO, dar în același timp întreține relații strânse cu Federația Rusă.

O privire în viitor: Uniunea Europeana va avea, peste 10 sau 15 ani, după ce Turcia se va integra deplin, granițe cu Siria. Iar extinderea nu se va opri aici. Polonia este un puternic susținător al Ucrainei. Schimbarea de regim de la, susținerea aspirațiilor sale europene și de către SUA sunt de natură a grăbi procesul de integrare a țării în Uniunea Europeană.

Statele care s-au desprins din fosta Iugoslavie se afla și ele pe parcursul integrării, aflându-se în diverse stadii ale negocierilor.

Pe scurt, în 2015, când se preconizează că Turcia va intra în clubul țărilor europene, Uniunea Europeană va număra cel mai probabil între 32 și 37 de state membre, față de 27 în prezent.. De-abia atunci, cu Turcia și Ucraina, vor fi stabilite granițele estice definitive, Federația Rusă având, probabil, un statut privilegiat în relația cu Uniunea Europeană.

Despre granițele sudice, deocamdată nu se poate anticipa dacă vor rămâne cele actuale sau dacă țări precum cele magrebiene nu vor purta și ele negocieri pentru a se alătura Uniunii. Interesant, în această construcție geopolitică a mileniului trei, este că se suprapune în cea mai mare parte cu granițele atinse de Imperiul Roman în perioada sa de maximă înflorire. Construcția politică va fi însă mai descentralizată. Continuarea extinderii europene înseamnă sfârșitul conceptului de State Unite ale Europei. Gradul de integrare, mai ales în domeniul politic, va fi mai redus, puterea Parlamentului și a Comisiei Europene fiind mai slabă în noua viziune. Însă, această formulă îi va conferi statutul de mare putere mondială, fiind o contrapondere SUA, a Rusiei, Chinei și Japoniei.

Tot acest proces, de definire a traseului care va fi urmat în anii ce vor veni, nu a primit încă aprobarea populară. Nici Parlamentul European, nici cele naționale nu au fost întrebat ce cale trebuie să aleagă.

Opinia publică, în marea ei majoritate, nu vrea ca Uniunea Europeană să continue procesul de extindere, în special când vine vorba de Turcia. Respingerea Constituției europene a însemnat fără echivoc: „Nu pentru o uniune «sans fronti”res»“. Sondajele de opinie realizate în ultimul timp confirmă aversiunea față de aderarea a noi state, mai ales în cazul Turciei. 42% din cetățenii francezi consideră că identitatea lor este mai degrabă amenințată de planurile de extindere ale Bruxellesului, în loc să-i protejeze. Decizia luată pe 3 octombrie 2005, de începere a negocierilor cu Turcia, este departe de ceea ce înseamnă un proces democratic, fiind impusă împotriva voinței populare. Aceste cuvinte se pot citi în presa franceză, austriacă, germană etc. După rezultatul negativ al plebiscitului, Uniunea se pare că și-a pierdut gustul pentru consultările cu propria populație, adoptând decizii care implică profund viitorul celor 25 de state membre, fără a mai ține cont de părerea propriilor cetățeni.

Turcia nu va adera înainte de 2014, din cauza constrângerilor financiare la care este supusă. O mare țară, dar săracă, care va avea nevoie de o finanțare substanțială imediat după aderare. Acest lucru nu este cuprins în bugetul 2007 – 2013, care este deja elaborat. Este posibil ca negocierile să dureze chiar mai mult, Turcia având de armonizat nu mai puțin de 35 de capitole importante în legislația națională. Teoretic, în final s-ar putea ca nici să nu fie admisă, însă până în prezent nici o candidatură nu a fost respinsă de către Comisia Europeană. Deschiderea capitolelor de negociere va începe peste câteva luni, cu stabilirea parcursului, a termenelor-limită pentru implementarea noii legislații. În mod special, Ankara va întâmpina dificultăți pentru a se alinia la practicile europene în ceea ce privește protecția mediului, având de investit miliarde de euro, legislația muncii și a protecției sociale vor trebui refăcute, să elimine orice fel de discriminare, iar ajutoarele acordate regiunilor sărace și anumitor ramuri industriale vor fi suspendate. Un prim pas spre aderarea Turciei la UE va fi recunoașterea de către Comisie a statutului de „economie de piață funcțională”, a declarat un oficial UE, agenției Reuters. Confirmarea funcționării unei economii de piață este una dintre condițiile cerute membrilor Uniunii Europene și o recompensă a comisiei consemnate în raportul anual privind progresele făcute de Turcia,

care a fost dat publicității pe 9 noiembrie 2005, oferind posibilitatea accelerării negocierilor pe teme economice. „În raportul de țară s-a consemnat pentru prima dată că Turcia este asimilată cu o economie de piață funcțională. Aceasta înseamnă deschiderea capitolelor de negociere economice și trebuie să servească stabilității economiei și sporirii investițiilor străine”, a adăugat sursa citată de Reuters. Însă, cea mai grea sarcină de îndeplinit o va reprezenta rezolvarea diferendului dintre Turcia și Grecia privind Republica Cipru, membră a Uniunii Europene. Până acum, Turcia a refuzat să recunoască Cipru, iar comunitatea internațională nu a recunoscut partea din Cipru ocupată de trupele turce. Stingerea acestui conflict istoric și depășirea ultimului obstacol pentru admiterea Turciei în Uniunea Europeană va reprezenta, în același timp, un mare succes al diplomației de la Bruxelles.

Ecourile deciziei de a deschide porțile pentru aderarea Turciei cu drepturi depline la Uniune sunt complet diferite pe cele două maluri ale Atlanticului. Nu este un secret pentru nimeni că Washingtonul a exercitat mari presiuni asupra statelor care doreau să ofere Turciei doar un statut de rang inferior în cadrul Uniunii. Aceasta ar fi însemnat, practic, încheierea procesului de extindere, eventuală admitere a unor mici state ținând mai mult de o problema de imagine, și nu de o extindere reală a granițelor Europei.

“Gândul că Uniunea Europeană va avea în curând granița imediată cu țări ca Siria, Irak, Iran, Azerbaidjan, Armenia și Gruzia, probabil că nu-i dă pace comunității europene”, spune analistul politic Armen Poghosian, conferențiar de geografie social-politică la Universitatea de Stat din Erevan. “Pe ei nu îi incintă nici perspectiva integrării în comunitatea europeană a unei populații musulmane de 100 de milioane de oameni, cât se pare că va număra populația Turciei peste 15-20 de ani”

Deși procesul integrării Turciei poate dura 15 ani și integrarea încă nu este deloc garantată, atenția societății și cercurilor politice din Armenia deja s-a concentrat asupra a două puncte legate de această problemă: recunoașterea genocidului armean de către Ankara și ridicarea blocadei turcești împotriva Armeniei. “Aceasta are legătură imediată cu interesele Armeniei, întrucât creează posibilitatea ca punctele de vedere armenesti să fie mai des exprimate. Prin importanța lor, cele două “chestiuni armenesti” urmează imediat după prima condiție de aderare care este recunoașterea de către Ankara a integrității Ciprului”, spune Poghosian.

Cu două zile înainte de ziua de 15 decembrie, când summit-ul de la Bruxelles a decis începerea negocierilor de aderare cu Turcia, Parlamentul European a adoptat o rezoluție fără caracter obligatoriu pentru părțile implicate în negocieri. Printre problemele ridicate în rezoluție se numărau și recunoașterea genocidului armean și ridicarea blocadei. Ministrul de externe Vartan Oskanian și o seamă de analiști sunt de părere că, în timp, aceste două puncte pot deveni factori decisivi de care părțile vor fi nevoite să țină seama.

Președintele Franței, Jacques Chirac, a declarat la Bruxelles că, dacă Ankara nu va recunoaște genocidul armenilor și Republica Cipru, atunci “Parisul va boicota negocierile de aderare a Turciei la Uniunea Europeană”. Slovacia, care a recunoscut genocidul armean cu ceva timp în urmă, a îndemnat la rândul ei Turcia să-și revizuiască poziția în această chestiune. Multe organizații politice din Armenia leagă anumite speranțe de Aderare a Turciei la Uniunea Europeană. După părerea acestora, granița comună cu Uniunea Europeană va favoriza integrarea Armeniei în aceasta. Turcia declară pe față despre imposibilitatea respectării principiului de stabilire a relațiilor comerciale deschise cu

Armenia, deși amândouă statele sunt membre ale OMC. Nu este deloc clar de ce ar trebui Turcia să respecte valorile Uniunii Europene în cazul în care ar deveni membră a acesteia”.

Aderarea Turciei ar însemna ca Uniunea Europeană să se învecineze cu Irakul, Siria, Iranul și țările din Caucaz și ar aduce pentru prima oară în Uniune o țară cu o populație majoritar musulmană. Această perspectivă i-a divizat pe politicienii Uniunii: unii consideră că Turcia nu va putea fi absorbită, alții cred că este esențial ca Turcia să devină și un partener politic, nu numai strategic, al Europei.

Cei care susțin aderarea mai spun și că nu trebuie descurajată o țară care oferă un exemplu democratic celorlalte țări islamice din Orientul Apropiat.

Analistul BBC Paul Reynolds consideră că există trei factori care indică un posibil succes al cererii Turciei în viitor. În primul rând, Turcia și-a demonstrat dorința de a se adapta la standardele europene și a înregistrat progrese certe în democratizare și în respectarea drepturilor omului. În al doilea rând, deși religia populației este Islamul, Turcia are o puternică tradiție seculară. Și în al treilea rând, Turcia este membru NATO, apărând Europa căreia acum încearcă să i se alăture. Iar acest lucru va conta. În următoarele rânduri mai jos voi prezenta două opinii diferite în legătura cu aderarea Turciei la Uniunea Europeană.

Parlamentarul francez Pierre Lequillier este contra. "Aș vrea o puternică Europă Politică", spune el, "o Europă în stare să vorbească cu aceeași voce în lume, și asta nu e posibil dacă aderă Turcia." "Uniunea nu poate fi doar o zonă de comerț liber, trebuie să devină o uniune politică, un actor important pe scena internațională. Prin urmare trebuie să își definească frontierele." "Față de țările aflate dincolo de Bulgaria, România și vestul Balcanilor avem nevoie de o politică de "vecinătate" sau "proximitate" și nu de integrare", crede parlamentarul francez Pierre Lequillier.

Directorul unui centru de studii europene, Giles Meritt, este de altă părere: "din motive de stabilitate, Turcia trebuie primită în Uniune." "Se află lângă republicile din Caucaz, punctele fierbinți din Asia centrală și din Orientul Mijlociu. Este o putere regională și exercită o influență stabilizatoare în regiune." "Este în interesul pe termen lung al Europei ca Turcia să fie ferm ancorată în Uniune." "În plus mai sunt și avantajele economice. La momentul aderării, să zicem în 2020, forța de muncă activă în Europa, care va plăti pensiile celorlalți, va fi mai mică cu 50 la sută. În Turcia, forța de muncă activă va fi de două treimi", spune domnul Meritt.

În concluzie Comisia Europeană a recomandat începerea negocierilor de aderare a Turciei la Uniunea Europeană, pe baza progreselor făcute în domeniul drepturilor omului și al economiei. Reformele constituționale din 2001 și 2004 au fost completate prin pachete legislative. Rolul armatei în politica statului a fost limitat pentru a corespunde criteriilor europene. Turcia și-a liberalizat sistemul politic și a relaxat restricțiile din domeniul libertății presei și al dreptului la libera asociere și exprimare. Minoritățile au căpătat dreptul de a studia și de a se exprima în limba maternă. Ankara a abolit pedeapsa cu moartea și a luat măsuri pentru a elimina tortura în timpul interogatoriilor, a reformat sistemul juridic. În sud-estul Turciei a fost ridicată starea de urgență impusă de confruntările cu minoritatea kurdă, care a condus de-a lungul vremii la abuzuri ale armatei în regiune. Guvernul Turciei a reușit să reducă inflația și să obțină o creștere economică de 5% în 2004.

Oficial, Turcia cere aderarea la Uniunea Europeană pentru întărirea economiei sale, grație deschiderii piețelor comunitare. În prezent, UE îi acorda deja un miliard de euro, ca

ajutor anual. Este de înțeles că numeroase cercuri financiare europene se așteaptă la profit de pe urma acestei extinderi și este de așteptat că lărgirea înseamnă și delocalizarea industriei europene, dar și intrarea micului - dar performantului - complex militar israeliano-turc în concurența directă cu industriile europene. Să nu mai vorbim de forța de muncă ieftină. Despre toate acestea a avertizat Comisarul pentru agricultura al Uniunii, Franz Fischler: "Costul anual al acestei aderări pentru bugetul european, doar în sectorul agricol, va fi mai mare decât pentru cele 10 țări admise în UE." (Financial Times, 10 sept. 2004)

Aderarea Turciei la Uniunea Europeană semnifică pentru Ankara o schimbare majoră în structurile de producție și pentru satele turcești, iar pentru Bruxelles un cost adițional care poate fi comparat în mare cu cel al lărgirii care a avut loc la data de 1 mai. Este dificil să se avanseze o cifră exactă a acestor costuri și de aceea e important să se facă o analiză a impactului" a adăugat Franz Fischler. În sfârșit, el a subliniat că "un acord favorabil în ceea ce privește candidatură Turciei nu va semnifica că procesele și conceptele de integrare în Politica Agricolă Comună utilizate pentru celelalte state membre vor putea fi aplicate și în cazul Turciei".

Comisia Europeană s-a declarat foarte îngrijorată de incidentele din zonele albaneze ale țării, soldate cu morți și mai mulți răniți. În plus, Javier Solana a lansat un apel la calm și a cerut ca "noi alegeri să fie organizate în birourile de vot unde s-au înregistrat incidente".

Aceste incidente vin într-o perioadă de criză pentru Macedonia, țara cu doua milioane de locuitori, candidată la aderarea la UE din decembrie 2005. Skopje așteaptă aprobarea de la Bruxelles pentru demararea oficială a negocierilor, dar UE a avertizat că organizarea unor alegeri echitabile "este un criteriu esențial pentru apartenența la UE", test picat de Macedonia.

Integrarea Macedoniei în UE este considerată crucială de către autoritățile țării pentru redresarea unei economii ce rămâne fragilă, cu un nivel al șomajului de peste 35% și o puternică dependență în raport cu investițiile străine. Mai mult, Macedonia a ratat și aderarea la NATO, la summit-ul de la București, când Grecia s-a opus cu vehemență, din cauza diferendului pe tema denumirii Macedoniei.

Uniunea Europeană a transmis Macedoniei că trebuie să își rezolve disputa privind numele țării pe care o are cu Grecia, stat membru al blocului european, înainte de a obține o dată pentru lansarea negocierilor de aderare. Premierul sloven Janez Jansa, a cărui țară asigură președinția semestrială a UE, a declarat că Uniunea va studia cazul Macedoniei. "Macedoniei i se va oferi o dată pentru reluarea negocierilor imediat ce vor fi îndeplinite toate condițiile. Există o serie de condiții care trebuie îndeplinite și care nu țin în totalitate de competența instituțiilor UE", a explicat el, exemplificând cu "problema numelui". Grecia s-a opus ca Macedoniei să i se promită că a lansat negocierile în vederea aderării la UE. Macedonia, care s-a desprins de Iugoslavia în 1991, are același nume cu o provincie din nordul Greciei. În această situație, Atena susține că Skopje trebuie să adopte un nume compus, de exemplu "Noua" Macedonia sau Macedonia "Superioară". Grecia a blocat invitarea statului balcanic în NATO la summit-ul din aprilie, de la București.

CAP. III. INTEGRAREA ȘI GLOBALIZAREA

Secolul XX este numit și secolul integrării și globalizării, un secol al națiunilor și al revoluțiilor. Aceste două aspecte, integrarea și globalizarea, pot fi apreciate ca aspecte pozitive dacă se are în vedere că s-au desfășurat cele mai mari conflicte militare din istoria omenirii și s-au manifestat două dintre cele mai malefice ideologii: fascismul și comunismul. Integrarea este un proces complex, multidimensional și dinamic care a devenit un aspect important al economiei internaționale, politicii, culturii, mai ales în ultimele decenii. Integrarea este rezultatul acțiunii unui complex de factori dintre care se apreciază că cei economici și politici dețin o pondere semnificativă. Atât integrarea economică cât și integrarea politică există în multe regiuni ale lumii. Africa, America Centrală și de Sud, Asia de Est, sunt câteva regiuni cu organizații regionale de integrare economică și chiar politică, care chiar dacă nu sunt atât de avansate ca cele din Europa, sunt deja actori economici importanți în lume.

Formele pe care le îmbracă integrarea regională, sunt determinate de multitudinea de relații care se stabilesc între 2 sau mai multe state care își conjugă eforturile în vederea atingerii unui obiectiv comun. Dimensiunile unui proces integraționist sunt date în principal de axa verticală corespunzătoare profunzimii gradului de integrare și de axa orizontală corespunzătoare numărului de state membre.

Grupările integraționiste existente astăzi, chiar dacă au obiective diferite și grad de instituționalizare inegal sunt grupări deschise ce permit aderarea a noi membrii în condițiile stabilite de fiecare acord în parte. Analiza diverselor forme de integrare are în vedere în principal axa verticală respectiv intensitatea procesului integraționist. Integrarea înseamnă, în primul rând, aderarea la structurile europene, ceea ce se realizează prin acorduri bilaterale între o țară și instituțiile respective reprezentând statele membre. Acestei deschideri îi urmează integrarea efectivă – un proces complex, care are la bază principii de compatibilității și complementarității și care constau în:

- Adaptarea economiei și a celorlalte domenii – social, militar, cultural și politic, la contextul relațiilor proprii țărilor integrate deja și împreună cu, care va evolua ulterior

- Dezvoltarea relațiilor de cooperare cu instituțiile europene și parteneri din țările membre

Prin integrare, economiile țărilor participante devin compatibile între ele și, totodată complementare, condiții absolut necesare pentru dezvoltarea lor armonioasă. Europa are o șansă unică să devină o forță în competiția globală și să întoarcă definitiv spatele conflictelor care i-au zbuciumat destinul. Uniunea Europeană, ca motor al integrării, dar și statele asociate, sunt, prin urmare, obligate să-și asume această responsabilitate cu realism și să adopte strategii subordonate obiectivelor pe termen lung. Bazată pe ceea ce unește popoarele Europei, pe valorile și interesele comune, actuala extindere poate fi drumul spre stabilitate, pace durabilă și bunăstare în Europa.

2. Integrarea pozitivă și integrarea negativă

Termenul de *integrare negativă* a fost propus de von Tinbergen în 1954 și se referă la procesul de înlăturare a obstacolelor asupra comerțului dintre statele participante respectiv eliminarea oricăror restricții în procesul de liberalizare a fluxurilor comerciale.

Termenul de *integrare pozitivă* se referă la modificarea instrumentelor și instituțiilor existente și la crearea unora noi capabile să asigure pieței integrate o funcționare efectivă și eficientă și să promoveze obiective mai ample.

Privind problema sub acest aspect, s-ar putea spune că zonele de liber – schimb presupun exclusiv integrare negativă în timp ce aranjamentele preferențiale mai complexe implică și integrare pozitivă. În realitate distincția nu se poate face cu multă precizie deoarece toate schemele integraționiste presupun o serie de elemente legate de integrarea pozitivă.

G. Haberler definește **integrarea** drept relație economică mai strânsă între arii aflate în legătură, iar B. Bălassa, ca ansamblu de măsuri destinate să suprimă discriminările între unități economice aparținând diferitelor țări participante, presupunând absența oricărei forme de discriminare între economiile naționale respective. După Bălassa, **integrarea economică** „totală”, generală, presupune înființarea unei autorități supranaționale, ale cărei decizii să fie obligatorii pentru statele membre¹.

Gradul de integrare globală se măsoară prin:

- Creșterea comerțului mondial în raport cu cea a producției mondiale
- Creșterea accesului la piețele de capital.

Definițiile date conceptului de integrare pun accentul fie pe motivațiile procesului, cum ar fi, de exemplu, necesitatea construirii unor spații economice mari sau a unor ansambluri economice tot mai vaste care să permită folosirea deplină a capacității de producție căreia progresul tehnic îi mărește cu fiecare zi limitele, fie pe una sau alta dintre laturile lui, cum ar fi eliminarea progresivă a discriminărilor dintre diferite țări.

Integrarea poate fi definită drept procesul de dezvoltare a interdependențelor dintre state, prin forme și metode care asigură, pe de o parte continuitatea și aprofundarea schimburilor economice, iar pe de altă parte, creșterea gradului de întrepătrundere a economiilor naționale într-un organism divers în prezentare, dar unitar și omogen în funcționalitatea sa. Tendința spre integrare este rezultatul acțiunii unor factori multipli, de ordin economic, politic și social-istoric, în condițiile adâncirii interdependențelor economice dintre state. Integrarea presupune, de asemenea, capacitatea țărilor candidate de a crea condițiile integrării și participării la politicile Uniunii, prin adaptarea structurilor administrative. **Comisia Europeană** apreciază că extinderea UE va fi benefică nu doar din punct de vedere politic ci și economic.

În evoluția progresului integrării europene internaționale se află într-o strânsă legătură cu dezvoltarea puternică a științei, tehnicii și tehnologiilor moderne, care impune transformări structurale de profunzime și rapide trepte și forme noi ale diviziunii mondiale a muncii, precum și modalități adecvate de realizare a lor. Folosirea eficientă a potențialului material, tehnic, științific, uman, financiar al fiecărei țări impune lărgirea spațiului activității productive, a schimburilor, a circulației bunurilor materiale, a serviciilor, rezultatelor cercetării științifice, persoanelor și capitalurilor. Diversitatea economică, socială și instituțională, disparitățile economice și dificultățile tranziției, în contextul exigențelor privind adoptarea monedei unice, generează importante riscuri de dezintegrare. O seamă de organizații apărute în procesul integrării sunt și consecința preocupării țărilor în curs de dezvoltare de a rezolva, pe calea extinderii conlucrării economice, probleme comune cu care se confruntă și datorită unor disfuncții din economia mondială. Formele pe care le îmbracă organizațiile integraționiste ale acestor state urmăresc nu numai obținerea unor resurse deficitare de către participanți, ci, îndeosebi, mărirea capacității pieței care se creează în acest mod. Se manifestă și factori specifici unor

¹ B. Bălassa – Integrarea economică

grupe de state și unor perioade. Astfel, în cazul țărilor vest-europene și-au exercitat influența și mulți factori de ordin economic și politic specifici situației internaționale de după cel de-al doilea război mondial. Tendința puternică spre integrare are la bază și alte motivații, cum ar fi: convergența intereselor economice și vecinătatea țărilor, complementaritatea lor economică, presiunile concurențiale ce vin din afara zonei geografice respective, tendințele hegemoniste intraregionale, comerțul intraregional, efectuarea preferențială de către parteneri a investițiilor din zonă. Cea mai avansată din formele de integrare regională, Europa, oferă două diferențe față de globalizare. În primul rând, spre deosebire de globalizare, care nu este o construcție deliberată a statelor, regionalismul se bazează pe transferul deliberat și voluntar de suveranitate spre instituții supranaționale. În al doilea rând, față de globalism, care nu e înzestrat cu instituții capabile să exercite control sau să genereze politici comune, regionalismul dispune de astfel de instituții și promovează politici și strategii comune. În ambele cazuri, forțele profunde sunt însă aceleași, comerțul și politica figurează pe primul loc. Dar, accentuarea disparităților ce vor rezulta ca urmare a slabei performanțe economice ale țărilor central și est-europene, prezintă riscuri de dezintegrare Europeană prin disfuncționalitate. În consecință, țările ce doresc aderarea trebuie să parcurgă o etapă de tranziție în care economiile să devină competitive și acquis-ul comunitar să fie transpus în dreptul intern a fiecărui stat. Pe baza recomandărilor Comisiei europene, **Consiliul european de la Luxemburg** a decis lansarea unui „proces global de extindere” către toate țările care solicită aderarea. În **ciuda puterii sale economice**, influența politică a UE în lume este slabă. Nevoia de a completa puterea economică cu puterea politică este una din principalele rațiuni ale unei politici externe și de securitate comună. Extinderea reprezintă o ocazie pentru UE de a transforma acest deziderat în realitate.

În primul rând Europa este văzută din România întotdeauna ca modelul civilizației și este în concurență acerbă cu Statele Unite, Japonia și China atât economic cât și cultural. Pe de altă parte procesul modernizării europene se încheie și lasă loc postmodernității, în care triumfătoare este economia de consum la scară globală, ceea ce are efecte foarte importante în ceea ce privește tranzațiile de identitate culturală. Globalizarea este un fenomen complex care se manifestă prin transnaționalizarea vieții culturale și economice în care relațiile dintre ceea ce este local, ceea ce este național și ceea ce este transnațional, se întretaie și interacționează în moduri foarte diferite. Ea presupune disoluția vechilor structuri și bariere și fluidizarea transferurilor prin crearea unei pseudo-omogenități culturale capabile să permită interacțiuni între indivizi autonomi și cu o identitate nominală. Dacă în ceea ce privește fostele state națiuni europene care au parcurs tranziția etnică la statul democratic și mai departe la statul de drept ajungând la statul bunăstării deja există o raportare critică la stat și o identitate culturală bazată pe autonomia individului, în cazul României lucrurile stau cu totul altfel.

Pe de altă parte procesul globalizării, care presupune o atomizare a conștiinței culturale și o universalizare a sa are nevoie și de o integrare, de o armonizare a acestor atomi identitari în perspectiva competiției dintre multiplele poluri de putere economice, militare, culturale, politice. Procesul integrării europene este un proces generat și de necesitatea reală de a răspunde provocărilor globalizării. Unul dintre efectele sale însă este relaxarea legăturilor dintre statele naționale și comunitățile care le aparțin. Cultural vorbind identitățile regionale iau locul identității naționale colective sub umbrela identității europene. Integrarea presupune armonizarea componentelor în vederea unei infrațiuni mai

eficiente pe de –o parte, precum și eficientizarea componentelor printr-o mai bună organizare. Ori unitățile de coerență se găsesc mult mai ușor la nivel local decât la nivel național, de unde accentul pus pe comunitățile locale și pe autonomia acestora. Comparativ cu aceste tendințe europene, România se află într-un proces de centralizare a statului în absența unui spirit comunitar și a unor solidarități locale, retorica culturală oficială insistând nu pe particularitățile locale ci pe marile trăsături comune naționale. În contact cu sistemul european identitatea culturală românească se va modifica însă, și nu mă refer la identitatea culturală a elitelor, care au fost mai mereu pro europene și sincrone chiar și în profesatul lor diacronism, ci identitatea culturală a „mulțimii” care prin accesul la informație și printr-o mobilitate nemaiîntâlnită vor avea șansa unei schimbări de mentalitate în sensul modernității și anume creșterea autonomiei individuale și raportarea critică față de stat. România se integrează în Europa, însă Europa însăși este prinsă în vârtejul globalizării. Niciodată în istoria lor românii nu au atâtea posibilități de deschidere spre exterior cum au acum.

MANAGEMENTUL PROCESULUI DE PREGĂTIRE PROFESIONALĂ A PERSONALULUI – GARANT AL SUCCESULUI ȘI EFICIENȚEI ACTIVITĂȚILOR POLIȚIEI ROMÂNE

Asist.Univ.Dr. CONSTANTIN CIPRIAN
Asist.Univ.Drd. VASILE SERGIU ADRIAN
Academia de poliție „Alexandru Ioan Cuza”

The importance of education and educational co-operation in the development and strengthening of stable, peaceful and democratic societies is universally acknowledged as paramount. The European process, thanks to the extraordinary achievements of the last few years, has become an increasingly concrete and relevant reality for the Union and its citizens. Enlargement prospects together with deepening relations with other European countries, provide even wider dimensions to that reality. Meanwhile, we are witnessing a growing awareness in large parts of the political and academic world and in public opinion of the need to establish a more complete and far-reaching Europe, in particular building upon and strengthening its intellectual, cultural, social and scientific and technological dimensions.

Pregătirea profesională este un proces complex și de lungă durată ce se materializează pentru fiecare individ în calificarea acestuia pentru o anumită profesie. În acest context, pregătirea profesională se conturează ca fiind una din cele mai profitabile investiții pe care instituția le poate face. Pregătirea profesională reprezintă activitatea concertată în scopul însușirii de cunoștințe teoretice și deprinderilor practice, de un anumit gen și nivel, necesare îndeplinirii calificate a obiectivelor prezente și viitoare. În același timp, formarea profesională este activitatea cu caracter preponderent informativ desfășurată în instituții de învățământ sau în organizații în vederea lărgirii și actualizării cunoștințelor, dezvoltării aptitudinilor și modelării atitudinilor necesare cadrelor de conducere și de specialiști în vederea creșterii nivelului calitativ al activității lor profesionale, potrivit cerințelor crescânde generate de progresul științific și tehnic și de introducerea acestuia în activitatea practică.¹

Cuvintele cheie: *pregătire profesională, formare inițială, pregătire continuă, e-learning, Declarația de la Bologna, tehnici pedagogice, evaluarea candidaților, resurse umane, etică profesională, dezvoltarea carierei profesionale, competențe profesionale.*

1. Conceptul și importanța pregătirii profesionale

Succesul într-o activitate este garantat în foarte mare măsură de latura calitativă a factorului uman. Numai prin pregătire profesională, calificare, nivelul calificării și perfecționarea continuă a pregătirii profesionale se poate ajunge la modificarea esențială a caracterului și conținutului unei activități.

Vizând calitatea întregului proces al pregătirii profesionale, orice organizație, în atingerea obiectivelor trasate, va elabora un program de acțiuni care țin de:

¹ **Russu, C.,** *Management, concepte, metode, tehnici*, Editura Expert, București, 1993, pag. 315;

- continua modernizare a pregătirii profesionale atât sub aspectul profilului, cât și al conținutului;
- noile cuceriri ale științei trebuie introduse în procesul de pregătire într-un ritm alert;
- conceperea unei structuri cât mai elastice a sistemului și procesului de formare;
- procesul de pregătire trebuie construit într-un mod ingenios, astfel încât să asigure mobilitatea intelectuală;
- efort susținut în modernizarea tehnologiei procesului instructiv – educativ - formativ;
- modalitățile de realizare și calitatea însăși a educației permanente;¹
- gradul de dotare tehnico - materială, cu aparatură didactică și cadre didactice.

Astfel, realizarea unei calități noi, superioare a pregătirii științifice, culturale, tehnice a personalului necesită acțiuni convergente pe toate planurile, reacții prompte la nevoile dezvoltării. Tocmai de aceea trebuie avute în vedere, în continuare, perfecționări în direcțiile:

- studierii și evaluării cu rigurozitatea necesară a complexității muncii, respectiv, a varietății de profesii și meserii din organizație;
- accentuării, pe această bază, a procesului de integrare a unor meserii și specialități în profesii de profil larg;
- revizuirii și adaptării nomenclatoarelor de profesii, meserii și specialități care se pregătesc prin diferite forme la noile structuri profesionale;
- ierarhizării meseriilor și profesiilor în funcție de complexitatea lor;
- organizării pregătirii personalului prin diferite forme într-o legătură mai strânsă cu nevoile de muncă din momentul absolvirii, cu aptitudinile reale, naturale, sau însușite ale acestuia;
- asigurării unui raport mai bun între formarea inițială prin școală și cea ulterioară pe parcursul vieții de muncă în concordanță cu nevoile diviziunii sociale a muncii, ale ocupării depline a forței și creșterii productivității muncii.

Pregătirea profesională va urmări perfecționarea calităților individuale, și anume:

- capacitatea de a generaliza, pornind de la cazuri particulare și a deduce din generalități aplicațiile practice specifice;
- capacitatea de a trage concluzii juste pe baza unor premise concrete;
- capacitatea de a gândi în permanență la nivelul ansamblului și în mod dinamic la perspectiva acestui ansamblu;
- capacitatea de a comunica eficient, de a aprecia just și dinamic diferența dintre obiective și mijloace;
- capacitatea de a organiza acțiuni eficiente în procesul de producție, în activitatea de cercetare - dezvoltare a instituției.²

Reprezentând un domeniu cheie al activității organizației, pregătirea profesională cuprinde două mari procese distincte³, și anume:

- educația profesională;
- formarea profesională.

¹ **Petrescu, I.**, *Esențial în managementul personalului*, Editura Fundației România de Măine, București, 2003, pag.137;

² **Petrescu, I.**, *Profesiunea de manager*, Editura Lux Lubris, Brașov, 1997, pag. 492 ;

³ **Cornescu, V., Mihăilescu, S., Stanciu, S.**, *Management, baze generale*, Editura Actami, București, 1998, pag. 97;

Educația profesională se prezintă ca un proces prin intermediul căruia se pun în evidență aptitudinile fiecărei persoane și, în același timp, se realizează orientarea acesteia spre una din profesiile care se corelează cu aptitudinile respective. Fără derularea acestui proces, pregătirea profesională, și mai ales, acțiunea societății față de ea nu se ridică la nivelul exigențelor impuse de progresul tehnic contemporan.

Formarea profesională este procesul prin intermediul căruia se realizează, în mod efectiv, pregătirea fiecărei persoane pentru meseria aleasă, utilizându-se întregul arsenal de metode și forme existente la un moment dat pentru însușirea de cunoștințe științifice de bază, tehnice, generale și de specialitate și pentru formarea deprinderilor de muncă.

2. Managementul dezvoltării activității de formare inițială și pregătire continuă a personalului Poliției Române

Măsurile de reformă implementate Ministerului Administrației și Internelor (M.A.I.) au generat o reconfigurare semnificativă a atribuțiilor și misiunilor din competența sa.. Acest fapt a produs, printre alte efecte, modificarea importantă a profilului său organizațional și, implicit, influențarea directă, puternică și permanentă a caracteristicilor și compoziției personalului.

În fața acestor transformări, formarea inițială și pregătirea continuă pot susține și, în aceeași măsură, pot oferi soluții pertinente pentru sprijinirea îndeplinirii sarcinilor de muncă ale personalului, desfășurarea fluentă a proceselor de dezvoltare instituțională și întărirea rolului de serviciu public al M.A.I.

Pe aceste considerente, *Comisia Europeană* susține în cadrul programelor finanțate prin fondurile structurale și *Fondul de coeziune investiția în cunoaștere, inovare și cercetare*, îmbunătățirea pregătirii profesionale, a educației, care să conducă spre schimbare și asumarea de noi provocări. Finanțat din *Fondul Social European*, programul operațional „*Dezvoltarea Capacității Administrative*” urmărește dezvoltarea capacității administrative și sprijinirea eforturilor de modernizare a administrației publice românești.

Considerăm, în acest sens, că noua *Concepție de dezvoltare a sistemului de formare profesională inițială și continuă a personalului Poliției*, vizează o abordare pragmatică asupra necesităților de actualizare, adaptare, progres și, totodată, eliminarea neajunsurilor care încă mai persistă în domeniu, și anume:

- direcționarea, organizarea și desfășurarea activității de formare pe coordonate de cerere și ofertă reale; racordarea la cerințele mediului și supravegherea permanentă a acestuia, astfel încât să se facă față dificultăților ivite și să se valorifice optim oportunitățile care apar; orientarea marcată spre satisfacerea beneficiarilor; asigurarea eficacității și eficienței activităților;
- repoziționarea funcției de formare prin acordarea importanței ce i se cuvine între activitățile desfășurate de către structurile de toate categoriile;
- sprijinirea formării în instituție a unei culturi a planificării, monitorizării, evaluării și rezultatelor;
- promovarea unei legături logice între pregătire, performanță, rezultate și managementul carierei;
- formarea de resurse umane de calitate, stabile și adaptabile la contextele profesionale în care își desfășoară activitatea;
- facilitarea integrării în sistem a personalului, și inclusiv prin activități de formare profesională;

- distribuirea corectă a responsabilităților formative între instituție și personalul acesteia;

- structurarea unui mediu educațional predictibil și care să ofere personalului posibilități egale de învățare și autoperfecționare, să încurajeze creativitatea și inovația;

- standardizarea activității de proiectare didactică prin extinderea implementării sistemului de pregătire centrat pe competențe, întâi la formarea inițială și, ulterior, la cea continuă;

- implementarea progresivă a elementelor care definesc conceptul de „*organizație care învață*”;

- utilizarea pe scară largă a metodelor și mijloacelor moderne de învățământ (ex. *sistemul e-learning*);

- intensificarea pregătirii personalului în domeniile cunoașterii limbilor străine și integrării europene;

- introducerea și dezvoltarea sistemelor de asigurare a calității educației în instituțiile de formare inițială și pregătire continuă ale Poliției Române;

- proiectarea sistemului de evaluare specializată a instituțiilor de învățământ și a structurilor de management al activităților de formare profesională (management educațional) de la toate nivelurile, precum și a programelor de pregătire și a personalului didactic de predare;

- diseminarea mai eficace, în sistemul lecțiilor învățate (*lessons learned*), a experiențelor dobândite în acțiuni de cooperare internațională;

- asimilarea în procesul de formare a bunelor practici europene și utilizarea rațională în unități a personalului pregătit în diferite contexte multinaționale.

Pe aceeași linie, de modificare a viziunii în scopul ridicării calității, eficacității și eficienței activității de pregătire se încadrează, ca element de noutate, și Programul managerial al Direcției Management Resurse Umane din cadrul Inspectoratului General al Poliției Române pentru anul 2007, care urmărește perfecționarea sistemului de formare inițială și de pregătire continuă prin:

- implementarea unei *Strategii moderne privind procesul de formare și pregătire continuă la nivelul Poliției Române*, conforma cu ***Declarația de la Bologna***, care va include noile planuri de învățământ realizate în baza sistemului de credite transferabile (CETS), implementarea unui sistem de pregătire modern de învățare combinată - *Blended Learning*, susținut de platforma de *E-learning*, instruirea prin programe susținute de formatori, revizuirea cursurilor de schimbare de profil și a celor de capacitate etc.

- definitivarea procesului de școlarizare a agenților încadrați din sursă externă, prin organizarea modulelor de inițiere în carieră, în sistem compact, în perioada aprilie – iunie 2007 la cele două școli de formare a agenților (800 agenți la Câmpina și 300 agenți la Cluj-Napoca).

- modernizarea pregătirii în domeniul pregătirii fizice și a instrucției tragerii, prin:

• achiziționarea a trei simulatoare pentru efectuarea tragerilor de pregătire și antrenament, destinate dotării celor două școli de agenți de poliție și a *Centrului de Perfecționare de la Slatina*.

• modernizarea și reabilitarea poligonului de tragere din cadrul IGPR, prin dotarea cu o instalație automată cu ținte fixe și mobile.

- definitivarea curriculei și implementarea Programului de pregătire a managementului de nivel mediu, organizat cu sprijinul *Departamentului de Stat al SUA*.

- inițierea specialiștilor nou angajați în domeniul științelor educației în utilizarea platformei de eLearning, prin cursuri organizate în colaborare cu firma *SIVECO România SA*, la Școala de Agenți de Poliție Câmpina.

- înființarea laboratorului de *eLearning* în cadrul sediului Inspectoratului General al Poliției Române.

- implementarea proiectului „Îndrumar pentru identificarea nevoilor de formare profesională continuă a personalului *M.A.I.*” la nivelul D.G.P.M.B. – Secția 6 și I.P.J. Brăila.

- formare de formatori în cadrul structurilor operative ale Poliției Române, prin organizarea de cursuri cu aportul ofițerilor specializați din direcțiile centrale și al specialiștilor din afara instituției noastre. Asigurarea unui feed-back prin implementarea de chestionare și realizarea unor evaluări în baza unui proces de monitorizare activ.

- coordonarea și monitorizarea riguroasă a activităților desfășurate de elevii/studentii instituțiilor de formare a polițiștilor pe perioada stagiilor de practică la subunități;

- organizarea unor sesiuni pentru formarea de formatori în **ECDL**, în colaborare cu firmele autorizate, în vederea pregătirii personalului în domeniul informaticii.

- dezvoltarea pe Intrapol a unei secțiuni dedicată exclusiv pregătirii continue a personalului, care să conțină informații utile și ușor de accesat de către toți polițiștii;

Inițierea unei publicații electronice pe pagina de Intrapol, care să conțină teme de interes general, dar și informații utile pentru sistemul de pregătire continuă.

Plecând de la aceste deziderate, putem afirma că, misiunea sistemului de formare profesională este aceea de a contribui la asigurarea Poliției Române cu personal pregătit, competent, orientat spre succes și integru, dedicat în mod conștient interesului comun al organizației și capabil să-și îndeplinească responsabilitățile cu respectarea celor mai înalte valori sociale și instituționale. Acesta este rolul pe care trebuie să și-l asume personalul din structurile de management educațional și din instituțiile de învățământ de toate categoriile.¹

Astfel, ridicarea nivelului individual de profesionalism prin promovarea, pe această cale, a interesului persoanelor și instituției de a avea lucrători mai bine pregătiți și, astfel, mai apti pentru îndeplinirea atribuțiilor și misiunilor; sporirea eficacității sistemului de formare inițială și continuă a personalului prin raportare la necesitatea de amplificare a capacității de îndeplinire a misiunii, scopului și obiectivelor ce îi sunt stabilite în cadrul instituției și asigurarea eficienței optime a sistemului de formare a personalului prin obținerea unui raport avantajos resurse alocate – rezultate, dar și prin punerea, totodată, în evidență a efectelor negative pe care le poate genera lipsa de pregătire asupra randamentului îndeplinirii atribuțiilor și misiunilor, se înscriu ca obiective generale ale unui sistem etic și solid de formare inițială și continuă a personalului, capabil să genereze modernitate, performanță, flexibilitate și, implicit, profesionalism, în condiții de pragmatism, eficacitate și eficiență ale domeniului.

În continuare, prezentăm, obiectivele derivate ale unui nou sistem de formare inițială și pregătire continuă, după cum urmează:

1. Asigurarea nivelului necesar de profesionalism al personalului Poliției Române:

➤ Premise:

- formarea profesională a întregului personal nou angajat se va asigura în vederea îndeplinirii atribuțiilor la locul de muncă; asupra categoriilor de personal insuficient profesionalizate se va interveni succesiv în planul formării spre a fi aduse la standardele

¹ Punct de vedere autori;

normale de pregătire; se va reglementa situația personalului încadrat din sursă externă care nu promovează cursurile de formare inițială;

- formarea profesională va fi dirijată către sprijinirea îndeplinirii atribuțiilor, misiunilor și sarcinilor de la locul de muncă;

- formarea inițială în Academia de Poliție și școlile de agenți/subofițeri va viza pregătirea în profil general a personalului;

- obținerea/schimbarea specializărilor și a profilelor de muncă se va realiza în sistemul formării continue numai după absolvirea formării inițiale, pentru a permite o selecționare mai bună și a deschide personalului un orizont de carieră cu posibilități de opțiune profesională mai largi;

- formarea inițială a efectivelor încadrate din sursă externă pe posturi operative se va realiza de către inspectoratele generale ori de alte instituții de învățământ ale M.A.I., în funcție de nevoi și posibilități;

➤ **Elemente de noutate:**

- revizuirea sistemului de formare inițială a personalului nou încadrat din sursă externă;

- stabilirea duratei cursurilor în funcție de necesitățile de pregătire identificate la nivelul inspectoratelor generale;

- asigurarea pragmatismului sistemului de formare a ofițerilor în Academia de Poliție prin pregătirea acestora în specializări polițienești bine definite (*ordine și siguranță publică*);

- revenirea la durata optimă de școlarizare a agenților, având în vedere rolul important al acestora în relația instituției cu societatea;

2. ***Sporirea eficacității sistemului de formare.***

➤ **Premise:**

- poziționarea în centrul activității de formare a persoanei va asigura satisfacerea nevoilor sale individuale de instruire, integrate în contextul intereselor generale de pregătire ale instituției;

- organizarea și funcționarea sistemului de formare profesională se va baza pe determinarea corectă a nevoilor de pregătire;

- evitarea suprapunerilor, paralelismelor și confuziei de atribuții între structurile / personalul din domeniul formării se va asigura prin stabilirea riguroasă a rolurilor acestora și armonizarea prevederilor actelor normative care reglementează domeniul;

- standardizarea proiectării procesului de învățământ se va generaliza în sistemul formării inițiale și continue (utilizarea standardelor de pregătire și ocupaționale);

- repartiția timpului pentru activitățile de formare continuă va asigura îndeplinirea optimă a obiectivelor de învățământ în cadrul unor programe cu durate scurte și limitarea timpului de scoatere din dispozitive a personalului;

- un factor de echilibru îl va reprezenta instituirea unei legături logice între sistemul de formare inițială, de formare continuă și cel de management al carierei.

➤ **Elemente de noutate:**

- aplicarea procedurii de determinare a nevoilor de pregătire;

- reluarea procesului de elaborare a standardelor ocupaționale;

- generalizarea sistemului de proiectare, planificare și organizare a învățământului postliceal și a celui de formare continuă pe bază de standarde de pregătire și competențe profesionale;

- reconstrucția sistemului de formare continuă pe criterii de eficacitate cu scopul susținerii și îndrumării nemijlocite a personalului (limitarea numărului de cursuri, a perioadelor de desfășurare, folosirea de metode didactice care să diminueze timpul de scoatere a personalului de la locul de muncă);

3. *Asigurarea eficienței activității de formare inițială și pregătire continuă:*

➤ Premise:

- organizarea și desfășurarea activităților de pregătire va presupune alocarea de resurse financiare, umane și de timp;

- eficiența nu înseamnă neapărat că rezultate foarte bune se vor obține numai cu resurse importante, ori într-un timp foarte scurt;

- obținerea de eficiență se va realiza și printr-o mai bună organizare a activităților, ori printr-o mai eficace utilizare a resurselor alocate;

- eficiența se va genera și prin optimizarea planificării, reducerea duratei unor programe, restrângerea numărului de personal de instruire, alegerea celor mai potrivite locații, aducerea instruirii mai aproape de subiecți, folosirea de metode și mijloace didactice mai puțin costisitoare ori care oferă randamente bune prin folosirea de către un număr important de utilizatori;

- specializarea unor furnizori de formare va reprezenta o soluție de îmbunătățire a calității pregătirii;

➤ Elemente de noutate:

- folosirea în unități pentru pregătirea de specialitate a unor metode și mijloace de formare care să optimizeze și să valorizeze utilizarea resurselor;

- introducerea în circuitul formării continue a unităților pentru formare inițială prin utilizarea spațiilor, dotărilor și personalului didactic al acestora în perioadele de absență a studenților/elevilor din locațiile respective;

- constituirea unor structuri care să producă materiale de documentare (pe hârtie sau în format electronic) pentru un număr foarte mare de utilizatori;

- introducerea metodei cursurilor itinerante pe subiecte de interes profesional maxim;

Crearea unui concept și a unei strategii noi de reformă a pregătirii în Poliția Română presupune un proces complex pe termen lung, o activitate bazată pe principii științifice și pe standarde profesionale, care furnizează o dezvoltare continuă a procesului de educație a polițiștilor români și o armonizare cu sistemul de învățământ din România și cu sistemele europene de pregătire a forțelor de poliție.

Cu o bază solidă, concepută pe *Strategia de modernizare a Poliției Române*, principiile și legislația privind reforma sistemului de învățământ din România și Europa, tendințele de pregătire ale agențiilor de aplicare a legii europene, viziunea asupra dezvoltării pregătirii poliției, situația actuală existentă în sistemul de instruire al polițiștilor și evaluarea constrângerilor actuale, o nouă concepție de dezvoltare a sistemului de formare și pregătire continuă a Poliției Române, considerăm că ar trebui să urmărească conceperea unui sistem de pregătire și educație modern, în care forțele de poliție să fie instruite de-a lungul întregii cariere, prin furnizarea unor cunoștințe necesare îndeplinirii la nivel înalt a carierei de polițist, creșterea profesionalismului poliției prin intermediul pregătirii, educației și învățării continue a personalului și asigurarea unui proces de coordonare cu standardele europene și internaționale în domeniul muncii de poliție și în domeniul pregătirii.

3. Aspecte referitoare la pregătirea și educația polițienească de specialitate în Europa

Educația europeană a suferit un proces de reformă în vederea armonizării cu criteriile stabilite prin **Declarația de la Bologna**, iar procesul de instruire din poliție a fost adaptat corespunzător. Pe de altă parte, abordarea europeană este aceea de a promova armonizarea regională și globală, precum și standardizarea procesului de pregătire al polițiștilor.

Sistemul educațional european și internațional este subiectul unui proces de reformă continuu, aplicând aceleași standarde și documente din sectorul civil, cu excepția faptului că sistemul de pregătire al poliției trebuie să se coreleze cu problematica specifică profesiei de polițist. Astfel, Poliția a început să accepte că este o instituție prestatoare de servicii în slujba comunității, intensificându-se așadar cooperarea între poliție, societatea civilă și alte instituții guvernamentale și neguvernamentale. Recunoscând schimbările sociale și tehnologice, diferitele departamente ale poliției au început procesul de reorganizare a serviciilor și de reformă a sistemelor de pregătire. În prezent, strategia generală este aceea de a organiza instruirea polițiștilor în concordanță cu nevoile individuale ale fiecărui profil de activitate, folosindu-se cursuri modulare și părți din științele relevante. Abordarea **multi-modulară** implică specializarea cursanților în cadrul unui singur program de învățare, oferind totodată și seturi de discipline opționale care aprofundează unele științe și domenii de activitate ale poliției.

În continuare vom prezenta activitățile de pregătire și educație polițienească din Europa vizând identificarea unor puncte comune de creștere a nivelului de pregătire al viitorilor polițiști care pot fi reflectate și însușite de diferite instituții de învățământ ce aparțin M.A.I. În acest sens, analiza își propune următoarele puncte:

➤ *Necesitățile, obiectivele, metodele, tehnicile pedagogice și evaluarea pregătirii.* Din 21 de instituții de pregătire și educație polițienească de specialitate aproape jumătate (43%) sunt organizate ca departamente de pregătire în cadrul organizațiilor polițienești, nefiind, astfel, considerate instituții de învățământ, deoarece au un grad scăzut de autonomie. 7% sunt instituții de educație dependente de o comisie polițienească sau de diferite organizații polițienești, doar 8% din total reprezentând instituții de educație polițienească autonome.



Fig. 1 Caracteristicile instituțiilor de formare inițială și continuă a polițiștilor din statele U.E.

În privința responsabilităților de pregătire și educație polițienească ce revin fiecărei instituții în parte, situația se prezintă astfel (**figura 2**):

- aproape toate instituțiile sunt responsabile în propriile țări de pregătirea corpurilor de securitate și investigații criminale (85%);
- 52% sunt exclusiv responsabile de pregătirea specializată a ofițerilor de poliție;
- 33% sunt exclusiv responsabile de pregătirea personalului de investigații criminale;

- 26% pregătesc procurori și judecători;
- 30% sunt responsabile de alte tipuri de pregătire.

În fapt, organizațiile de poliție stabilesc numărul și tipul cursurilor specializate de pregătire polițienească, pe anul în curs, având la bază noile modalități de săvârșire al unor infracțiuni precum și noile strategii guvernamentale de combatere a criminalității. Organizațiile de poliție apreciază în acest sens, că aceste cursuri de specializare nu ar trebui să revină numai în sarcina instituțiilor de pregătire, ci și Poliției ca beneficiară a calității serviciilor desfășurate de viitorii absolvenți. De cealaltă parte, instituțiile de pregătire polițienească, apreciază într-un cadru, destul de larg, că aceste decizii ar trebui elaborate pe baza unei analize științifice a necesităților pregătirii polițienești sau conform rezultatelor cu privire la șabloanele și tendințele criminalității. Situația referitoare la responsabilitatea decizională a tipului și numărului de cursuri de pregătire și educație polițienească se prezintă astfel:



Fig. 2 Clasificarea responsabilității instituțiilor de pregătire a polițiștilor în U.E.

- în 30%, decizia privind tipul și numărul cursurilor de pregătire polițienească implică *Consiliul Directoral al Academiei*;
- în 26%, decizia aparține unui corp specializat din interiorul academiei;
- doar în 27%, în elaborarea și adoptarea deciziei, se implică departamentele de poliție.

În privința definirii obiectivelor și activităților de pregătire, de asemenea, între academii și departamentele de poliție apar disensiuni. În timp ce instituțiile consideră că definirea obiectivelor și a activităților de pregătire cad strict doar în sarcina lor, departamentele de poliție apreciază că aceste obiective nu îndeplinesc cerințele muncii de poliție de zi cu zi. Și durata desfășurării cursurilor specializate este o altă latură asupra căreia organizațiile de poliție și instituțiile de pregătire nu cad de acord. Primele, de regulă, urmăresc desfășurarea cursurilor într-un timp cât mai scurt, motivând costurile financiare ridicate în cazul cursurilor de lungă durată și lipsa personalului pentru combaterea criminalității din stradă. În schimb, instituțiile de pregătire polițienească, apreciază că o bază solidă a pregătirii polițiștilor nu se poate realiza fără mai multe ore de cursuri, pentru ca teoria să fie îmbinată cu succes în perioade mai lungi de practică.

Un alt aspect deficitar îl reprezintă lipsa implicării cadrelor didactice în procesul de luare a deciziilor asupra duratei cursurilor, obiectivelor și activităților de pregătire, cu consecințe negative asupra timpului necesar fiecărui student pentru asimilarea teoriei.

Cu toate acestea, majoritatea instituțiilor (92,5%) de pregătire a polițiștilor arată o atenție deosebită față de stabilirea duratei cursurilor pe baza obiectivelor trasate.

Totuși implicația instituțiilor de pregătire în stabilirea duratei optime a cursurilor, pare a fi respinsă de necesitățile organizațiilor de poliție, reflectate în disponibilitatea financiară, scurtarea perioadelor de pregătire sau de dificultăți de găzduire.

În condițiile în care, cadrele didactice nu pot influența durata cursului, aceștia cer, totuși, o autonomie tehnică și științifică totală în ceea ce privește selecția metodelor și tehnicilor de pregătire. Acest tip de autonomie, ținând cont de trăsăturile organizațiilor și muncii polițienești, pare să fie foarte restrânsă, în cele mai multe cazuri, metodele și tehnicile de învățământ fiind impuse cadrelor didactice de către organizațiile polițienești sau de corpurile specializate, în care cadrele didactice sunt în minoritate.

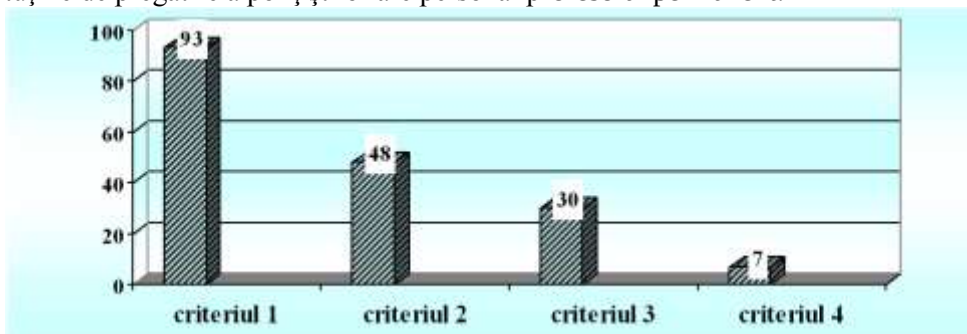
➤ *Personalul profesoral: recrutare și pregătire;*

O amplă și deosebit de serioasă discuție are loc în legătură cu cine ar trebui să pregătească în mod eficient studenții și ce cunoștințe teoretice și practice ar trebui predate pentru atingerea unui nivel de pregătire care să asigure viitorilor ofițeri de poliție o carieră încununată de succes iar pentru departamentele de poliție angajați, ce îndeplinesc deplin cerințele posturilor și răspund, în aceeași măsură, rigorilor acestei profesii.

Existența unui corp profesoral permanent este pe de o parte criticabilă deoarece se susține că în scurt timp aceștia pierd contactul cu munca adevărată de poliție, cu realitățile obiective, cu diferitele fenomene și practici infracționale, iar pe de altă parte își găsește susținere sub aprecierea că numai așa se poate elabora „adevărata știință de poliție”. Dar care ar fi criteriile de recrutare a personalului profesoral? (**figura 3**)

În legătură cu pregătirea cadrelor didactice, se observă că în 48% din instituțiile de pregătire a polițiștilor se solicită participarea cu regularitate la cursuri de specializare, că în 30% se solicită o prezentare la fiecare trei ani (de obicei variază între 1-5 ani) a întregii activități de cercetare, iar în 33% din cazuri alte tipuri de pregătire.

După cum se poate observa, există standarde înalte de angajare, dar puține modalități de îmbunătățire continuă a cadrelor didactice, asta și datorită faptului că numai una din instituțiile de pregătire a polițiștilor are personal profesoral permanent.



Criteriul 1- calificare și experiență adecvată;

Criteriul 2- cerința de a fi ofițer de poliție;

Criteriul 3- cerința de a fi profesor universitar;

Criteriul 4- cerința de a fi procuror sau judecător.

Fig. 3 Cerințe esențiale ce condiționează recrutarea personalului profesoral în instituțiile de pregătire a polițiștilor.

BIBLIOGRAFIE

Constantin, C., Vasile, P., Neagu, I., Particularități ale dezvoltării managementului personalului Poliției Române, Editura Sitech, Craiova, 2007;

Constantin, C., Vasile, P., Neagu, I., *Premisele sistemului de management public românesc modern*, Editura Sitech, Craiova, 2007;

Constantin, C., Vasile, P., Neagu, I., Managerii și rolurile lor în procesul de stabilire a elementelor structural-organizatorice ale firmei, Editura Sitech, Craiova, 2007;

Constantin, C., *Instrumente de gestionare eficientă a carierei polițistului român*, articol apărut în Revista Pro Patria Lex, Editura Universul Juridic, București, 2007;

Constantin, C., Componente manageriale de gestionare eficientă a carierei polițistului român, Editura Sitech, Craiova, 2009;

Cornescu, V., Mihăilescu, S., Stanciu, S., *Management, baze generale*, Editura Actami, București, 1998;

Petrescu, I., *Esențial în managementul personalului*, Editura Fundației România de Măine, București, 2003;

Petrescu, I., *Profesiunea de manager*, Editura Lux Lubris, Brașov, 1997;

Petrescu, I., Constantin, C., *Calitate și eficiență în managementul carierei*, Editura Alma Mater, Sibiu, 2008;

Russu, C., *Management, concepte, metode, tehnici*, Editura Expert, București, 1993;

Programul managerial al Direcției Management Resurse Umane din cadrul Inspectoratului General al Poliției Române pentru anul 2007;

Punct de vedere privind Reorganizarea Facultății de Drept în Facultatea de Poliție;

Raport de cercetare intitulat “*Modalități de investigare a stresului ocupațional al polițiștilor din structurile operative*” din cadrul Inspectoratelor de Poliție ale județelor Bistrița și Ilfov.

Declarația de la Bologna semnată la 19 iunie 1999;

Strategia de dezvoltare a resurselor umane ale Ministerului Administrației și Internelor;

Strategia de modernizare a Poliției Române pentru perioada 2004 -2007.

MANDATUL EUROPEAN DE ARESTARE

Asist. Univ. TACHE SIMONA

Universitatea Româno-Americană, Facultatea de Drept, București

The study presents concisely the concept of european arrest warrant, the competent authorities to issue it, the transmittion procedure, the effects of hand over and takeover procedure and the general obligation of national courts to give an interpretation of rovisions of national law with Community law .

Key words : european arrest warrant, rights and procedural guarantees, penalty, issuing judicial authority.

Tratatul de la Amsterdam stipulează că Uniunea Europeană trebuie sa mențină și să dezvolte un spațiu de libertate, securitate și justiție. Libertatea presupune existența unui spațiu judiciar comun, în care cetățenii europeni să poată să se adreseze justiției în unul din statele membre ca și în propria țară. În același timp, trebuie eliminată posibilitatea ca infractorii să exploateze diferențele dintre sistemele juridice ale statelor, de aceea se impune ca hotărârile judecătorești să fie recunoscute și executate în străinătate fără formalitățile prevăzute de convențiile clasice privind asistența judiciară internațională.

Prin reglementarea mandatului european de arestare, procedura extrădării s-a simplificat și accelerat, întreaga fază politică și administrativă fiind înlocuită de o procedură exclusiv judiciară, implicând contactul direct dintre autoritățile judecătorești competente. Această procedură de executare transnațională simplificată în fiecare stat membru al Uniunii marchează noua „putere de intervenție” a mandatului european de arestare în comparație cu mandatele de arestare naționale. La o analiză mai atentă, mandatul european de arestare și procedura de executare a acestuia nu se evidențiază ca extrădare, ci ca o măsură de sancționare în baza principiului recunoașterii reciproce.

Această calificare, ca măsură coercitivă și instrument al dreptului procesual penal, face posibil accesul la numeroase garanții cuprinse în Convenție, deoarece spre deosebire de extrădarea tradițională, Convenția cuprinde în mod explicit drepturi și garanții procedurale adaptate la procedura penală, care asigură în primul rând protecția învinuitului/ inculpatului și trebuie să-l ocrotească pe acesta de tratamente discreționare în timpul procesului penal. Rezultă, implicit, că o persoană care se supune unui mandat european de arestare nu poate fi supusă torturii, tratamentelor inumane sau degradante (art.3 din Convenție) nici în statul solicitant, nici în statul de executare. De asemenea, în orice moment, persoana solicitată va putea cere statului în cauză – statul de executare, după ce persoana a fost reținută sau arestată, sau celui solicitant, după predare – să respecte garanțiile cuprinse în art.5 și art.6 din Convenție.

Trebuie să facem precizarea că, cel puțin la momentul actual, nu se poate vorbi, în cadrul Uniunii Europene de armonizarea dreptului penal material și procedural, ci doar de o recunoaștere reciprocă, pe baza valorilor comune ale statelor membre. Așadar, nu există un drept penal european unic, ci doar un drept european (comunitar) penal, format din ansamblul normelor comunitare care reglementează acest domeniu.

Decizia – cadru nr.2002/584/JAI din 13 iunie 2002 a Consiliului Uniunii Europene, privind mandatul de arestare european și procedurile de predare între statele membre ale Uniunii Europene, este prima măsură concretă în domeniul dreptului penal, care implementează principiul recunoașterii reciproce, pe care Consiliul European o aprecia ca fiind „piatra de temelie” a cooperării judiciare. Ea înlocuiește în relația dintre statele membre ale Uniunii Europene procedurile clasice de extrădare, cu excepția cazurilor pentru care unele state membre au declarat că vor continua să aplice tratatele de extrădare.

Decizia – cadru privind mandatul de arestare european și procedurile de predare între statele membre ale Uniunii Europene a fost transpusă integral în Titlul III al Legii nr.302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, astfel cum a fost modificat și completat prin Legea nr.222/2008.

Dacă din punct de vedere juridic mandatul de arestare european este definit ca o decizie judiciară emisă de autoritatea judiciară competentă a unui stat membru al Uniunii Europene, în vederea arestării și predării către un alt stat membru a unei persoane solicitate în vederea efectuării urmăririi penale, a judecării sau în scopul executării unei pedepse sau a unei măsuri privative de libertate (și nu trebuie confundat cu mandatul de arestare preventivă din dreptul intern, deoarece mandatul european de arestare este o decizie judiciară care are întotdeauna la bază un mandat de arestare preventivă sau de executare a pedepsei emis în condițiile legii pe plan intern), mandatul european de arestare se emite numai atunci când un mandat de arestare preventivă sau de executare a pedepsei nu poate fi adus la îndeplinire în țară, întrucât persoana în cauză se sustrage pe teritoriul unui alt stat membru al Uniunii Europene.

Practic, în loc de întreaga documentație ce se anexează unei cereri de extrădare, este suficient ca autoritatea judiciară română competentă să completeze, cu atenție rubricile formularului și să transmită mandatul european de arestare autorității judiciare de executare, pe una din căile admise de lege. Potrivit art.83 din lege, mandatul european de arestare va putea fi transmis de instanțele române emitente direct autorității judiciare de executare, prin orice mijloc de transmitere sigur, care lasă o urmă scrisă, cu condiția ca autoritatea judiciară de executare să poată verifica autenticitatea acestuia.

În cazul în care locul unde se află persoana urmărită nu este cunoscut, transmiterea unui mandat european de arestare se poate efectua prin sistemul informatic Schengen, prin intermediul sistemului de telecomunicații securizat al Rețelei Judiciare Europene, când acesta va fi disponibil, prin Ministerul Justiției, pe calea Organizației Internaționale a Poliției Criminale (Interpol) sau prin orice alt mijloc care lasă o urmă scrisă cu condiția ca autoritatea judiciară de executare să poată verifica autenticitatea. Potrivit legii, o copie a mandatului european de arestare emis sau primit de autoritățile judiciare române se transmite Ministerului Justiției.

Decizia-cadru a Consiliului nr.2002/584/JAI din 13 iunie 2002 privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre UE nu constituie, potrivit art.34 parag.2 lit.b TUE, drept aplicabil direct, ci necesită transpunerea în dreptul național.

Mandatul european de arestare poate privi orice persoană aflată pe teritoriul unui stat membru UE și se emite de către autoritățile române în vederea arestării și predării de către un alt stat membru a persoanei solicitate dacă :

- un mandat de arestare preventivă sau de executare a pedepsei închisorii nu poate fi adus la îndeplinire, întrucât inculpatul sau condamnatul nu se mai află pe teritoriul României;

- pedeapsa prevăzută de lege este de cel puțin un an, dacă arestarea și predarea se solicită în vederea executării urmăririi penale ori a judecății, respectiv pedeapsa sau măsura de siguranță privativă de libertate aplicată este de cel puțin 4 luni, dacă arestarea și predarea se solicită în vederea executării pedepsei sau a măsurii de siguranță privative de libertate;

- nu a intervenit, potrivit legii române, prescripția răspunderii penale sau a executării pedepsei ori amnistia sau grațierea. Cu privire la această condiție, considerăm ca excede procedurii de emitere a mandatului european de arestare, astfel cum este reglementată de Legea nr.302/2004, constatarea, pe cale incidentală, a intervenirii prescripției răspunderii penale sau a executării pedepsei ori a amnistiei sau a grațierii.

Prin urmare, pentru ca judecătorul competent să dea o încheiere prin care să respingă emiterea mandatului european de arestare, pentru motivele enumerate anterior, trebuie să existe o ordonanță sau o rezoluție a procurorului sau o hotărâre judecătorească rămasă definitivă, care să constate că a intervenit prescripția, amnistia sau grațierea.

În cazul în care cu privire la aceeași persoană au fost emise în mod succesiv mai multe mandate de arestare preventivă, se va emite câte un mandat european de arestare, în temeiul fiecărui mandat de arestare preventivă, iar nu un singur mandat european de arestare, întrucât, în caz contrar, s-ar putea ivi dificultăți și/sau întârzieri în executarea acestuia și, implicit, ar fi compromis însuși scopul reglementării prevăzute în Titlul III din lege – simplificarea procedurilor de predare. Astfel, este posibil ca pentru unele mandate de arestare naționale să fie incidente motive de refuz al executării, pentru a căror verificare ar fi necesară solicitarea de informații suplimentare de către statul de executare, fapt ce ar atrage întârzierea procedurii de executare a „întregului” mandat european de arestare.

Așadar, verificarea motivelor de neexecutare – obligatorie sau facultativă – a mandatului european de arestare, este de competența autorității de executare, iar nu a celei emitente, care nici nu ar fi în măsură să procedeze la o asemenea verificare, din moment ce aceasta presupune raportarea la dreptul intern al statului membru de executare.

În ceea ce privește incidența **principiului non bis in idem**, nici aceasta nu poate fi constatată de instanța emitentă, iar cererea de emitere a mandatului european de arestare, respinsă pentru acest motiv, în măsura în care nu este analizată de autoritatea de executare, va putea fi invocată în fața instanței române competente cu ocazia rejudecării cauzei.

Executarea mandatului european de arestare este supusă regulii specialității, în sensul că, persoana predată autorităților române nu va putea fi urmărită, judecată sau privată de libertate pentru o altă faptă anterioară predării. Acest principiu ține de suveranitatea statului membru de executare și conferă persoanei căutate dreptul de a nu fi urmărită penal, condamnată sau privată de libertate decât pentru infracțiunea care a motivat predarea sa.

În cazul în care persoana solicitată care face obiectul unui mandat european de arestare emis în scopul urmăririi penale sau judecății este resortisant sau rezident al statului membru de executare, garanția că în caz de condamnare, odată predată, persoana solicitată poate fi transferată în condițiile legii în statul de cetățenie, este dată de instanța emitentă a mandatului de arestare. Practic, chiar dacă instanța emitentă a mandatului european de arestare dă garanția că, în caz de condamnare, odată predată, persoana solicitată poate fi

transferată în statul de cetățenie, iar autoritatea judiciară de executare condiționează de acest transfer predarea, transferul nu poate opera imediat după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, ci la cerere, potrivit procedurii reglementate de dispozițiile Titlului VI din lege.

Mandatul european de arestare se retrage în următoarele situații :

- dacă au dispărut temeiurile care au justificat emiterea acestuia;
- dacă persoana solicitată a decedat;
- dacă persoana urmărită internațional a fost extrădată sau predată în România, dacă mandatul european de arestare a fost emis împreună cu un mandat de urmărire internațională în vederea extrădării.

În practică, de cele mai multe ori, retragerea mandatului european de arestare se solicită ca urmare a dispariției temeiurilor care au justificat emiterea acestuia (de pildă, revocarea, înlocuirea sau încetarea măsurii arestării preventive, desființarea hotărârii prin care inculpatul a fost arestat preventiv, condamnat sau prin care s-a luat o măsură de siguranță).

Un caz special este cel al anulării mandatelor de executare a pedepsei închisorii, urmare a contopirii mai multor pedepse aplicate prin hotărâri definitive persoanei solicitate, în temeiul art.449 C.proc.pen., când se dispune emiterea unui nou mandat de executare a pedepsei închisorii, conform hotărârii de contopire.În această situație, mandatul european de arestare emis în vederea executării uneia sau mai multora dintre pedepsele care au intrat în contopire se impune a fi retras, după emiterea noului mandat de executare a pedepsei închisorii putându-se emite un alt mandat european de arestare.Aceasta, întrucât, dacă persoana solicitată ar fi predată în temeiul primului mandat european care privea executarea numai a uneia dintre pedepsele care au intrat în contopire, executarea pedepsei rezultante s-ar face cu încălcarea regulii specialității, în absența solicitării și obținerii consimțământului statului membru de executare.

Jurisprudența C.J.C.E. arată că, în ceea ce privește efectele pe care le produc deciziile-cadru pentru instanțele naționale, acestea sunt obligate să ia în considerare ansamblul normelor de drept național și să le interpreteze, în măsura posibilului, în lumina textului și a finalității fiecărei decizii-cadru.În acest sens, Curtea a apreciat că o asemenea soluție decurge din obligația generală a instanțelor naționale de a da dispozițiilor dreptului național o interpretare conformă dreptului comunitar și, în speță, dreptului Uniunii, pentru a permite realizarea obiectivelor actului comunitar în cauză, cu respectarea însă a dispozițiilor referitoare la drepturile fundamentale garantate de Convenția europeană a drepturilor omului, în virtutea dispozițiilor art.6 parag.2 TUE, și fără a se putea ajunge la o interpretare *contra legem* a dreptului național incident, cu respectarea totodată a principiilor generale de drept, în spețial a celor referitoare la securitatea juridică și neretroactivitatea legii penale.

Bibliografie:

- C.J.C.E., Camera a treia, Hotărârea din 1 decembrie 2008 (C-308/08 PPU, Artur Leymann, Aleksei Pustovarov, pct.44).
- C.J.C.E., Marea Cameră, C-105/03, Hotărârea din 16 iunie 2005, Procedurile penale împotriva Mariei Pupino, pct.18,34,42-47,58-61.

- Georgiana Tudor, Mariana Constantinescu, *Mandatul european de arestare, Aspecte teoretice și practică judiciară*, Ed.Hamangiu, 2009.
- Î.C.C.J., Secția penală, decizia nr.581 din 18 februarie 2008.

DAUNELE MORALE ÎN PROCESUL PENAL

Asist. Univ. TACHE SIMONA

Universitatea Româno-Americană, Facultatea de Drept, București

The study presents concisely the concept of moral prejudice granted as a result of offence, the social value injured, the differentiation from the civil delict, the role of Courts in establishing the existence of moral prejudice, criteria in granting the moral prejudice and the sum of money granted as indemnity for moral prejudice.

Key words : moral prejudice, civil delict, social value injured, criteria.

Dauna morală a fost denumită pe rând în doctrina dreptului „orice atingere adusă uneia dintre prerogativele care constituie atributul personalității umane” (Rene Savatier, *„La theorie des obligations.Vision juridique et economique”, Dalloz, Paris, 1969, p.344*) sau „prejudiciul care rezultă dintr-o atingere adusă intereselor personale și care se manifestă prin suferințe fizice sau morale pe care le resimte victima” (Pierre Tercier, *„Contribution a l’etude du tort moral et de sa reparation en droit suisse”, Editions Universitaires, Fribourg, Suisse, 1971, p.14*).

Potrivit art.14 alin.3 C.proc.pen.și art.998 C.civ., orice faptă a omului care cauzează altuia un prejudiciu, obligă pe acela din a cărui greșeală s-a ocazionat, a-l repara.

De asemenea, Recomandările Consiliului Europei din 1969 de la Londra subliniază, între altele, că principiul reparației daunelor morale trebuie recunoscut în cazul leziunilor corporale, despăgubirea având rolul de a da o compensare victimei.

Potrivit unei opinii din doctrină, prin prejudiciu nepatrimonial sau moral s-ar înțelege rezultatul dăunător direct de natură nepatrimonială al unei fapte ilicite și culpabile, prin care se aduce atingere valorilor cu conținut neeconomic ce definesc personalitatea umană întrucât deși acest rezultat nu poate fi evaluat în bani, el dă totuși naștere dreptului și obligației la reparare, în conformitate cu regulile răspunderii civile delictuale.

În pofida reglementărilor exprese existente în Codul penal din 1936 - care consacră repararea pagubelor morale, în sensul că : „Despăgubirile acordate părții vătămate trebuie să constituie întotdeauna o justă și integrală reparație a daunelor materiale sau morale suferite în urma infracțiunii și pot fi stabilite după principiile dreptului civil, într-o sumă globală sau pot consta într-o rentă anuală, pe timp determinat, când aceasta satisface mai echitabil interesele părților” - în anul 1952 Plenul Tribunalului Suprem a adoptat teza inadmisibilității reparării bănești a daunelor morale, cu motivarea că prejudiciul moral, fiind prin concept neevaluabil în bani, nu poate exista o dezdăunare materială pentru această categorie de prejudicii. După 1989 s-a revenit la tradiția acordării de despăgubiri bănești chiar pentru prejudiciile morale.

Normele eticii și echității interzic în principiu acordarea de despăgubiri materiale pentru daunele morale, deoarece durerea sufletească este incompatibilă cu un echivalent bănesc.

Este însă justificată acordarea unor compensații materiale acelor persoane ale căror posibilități de viață familială și socială au fost alterate ca urmare a faptelor ilicite săvârșite de alte persoane.

Aceste compensații sunt destinate să creeze condiții de viață care să alinie într-o oarecare măsură suferințele psihice ale victimei, cum ar fi asigurarea unei locuințe adecvate pentru o persoană condamnată la izolare ca urmare a infirmității pricinuite prin fapta ilicită.

Conceptul de „daune morale” nu poate fi definit fără a ne raporta la noțiunea de răspundere civilă, care reprezintă acea formă a răspunderii juridice generatoare a unui raport juridic constitutiv de drepturi și obligații în temeiul cărora o persoană este îndatorată să repare prejudiciul cauzat altuia prin fapta sa, iar aceasta din urmă are dreptul de a pretinde repararea prejudiciului.

Cu privire la cuantificarea prejudiciului moral, este de reținut că aceasta nu este supusă unor criterii legale de determinare. În acest caz, quantumul daunelor morale se stabilește, prin apreciere, urmare a aplicării de către instanța de judecată a criteriilor referitoare la consecințele negative suferite de cel în cauză în plan fizic și psihic, importanța valorilor lezate, măsura în care au fost lezate aceste valori, intensitatea cu care au fost percepute consecințele vătămării, măsura în care i-a fost afectată situația familială, profesională și socială. Totodată, în cuantificarea prejudiciului moral, aceste criterii sunt subordonate condiției aprecierii rezonabile, pe o bază echitabilă, corespunzătoare prejudiciului real și efectiv produs victimei.

Evaluarea daunelor morale neputând fi făcută în aceleași condiții ca a celor patrimoniale, presupune stabilirea unor criterii specifice de evaluare. Un asemenea criteriu ar putea fi importanța socială a valorii lezate prin săvârșirea faptei ilicite. În acest caz, valoarea poate avea atât un conținut subiectiv (implicând o prețuire din partea persoanei lezate) dar și un aspect obiectiv, fiind expresia unei cerințe obiective a realității. Prejudiciul moral va fi cu atât mai mare cu cât valoarea lezată, obiectiv evaluată, este mai importantă decât aprecierea subiectivă a persoanei vătămate. Personalitatea victimei poate fi un alt criteriu care completează criteriul importanței valorii lezate. Spre exemplu, victima care are un anumit statut social, o anumită notorietate, va putea pretinde o sumă mai mare drept daune morale, fiind mai profund prejudiciată prin leziunea suferită.

În raport cu valoarea lezată se mai poate avea în vedere drept criteriu și gravitatea, precum și intensitatea durerilor fizice și psihice provocate de agresor.

Un alt criteriu ar putea fi repercusiunile asupra situației sociale a victimei, inclusiv în plan familial sau profesional prin atingerile aduse onoarei și demnității victimei.

Nu trebuie omisă nici culpa persoanei vătămate, care influențează în mod obligatoriu quantumul despăgubirilor pentru prejudiciile morale. Unele instanțe resping *de plano* acordarea de daune morale dacă există și o culpă a victimei, deși o atare soluție s-ar justifica numai dacă agresorul și victima au o culpă egală (compensarea culpelor).

Delictul civil care poate însoți o infracțiune comportă o sancțiune civilă care se aplică nu atât în considerarea persoanei care a săvârșit fapta ilicită cauzatoare de prejudicii cât în considerarea prejudiciilor aduse patrimoniului său.

Asocierea sancțiunilor civilă și penală nu conduce la confundarea acestora și nici la modificarea naturii juridice a fiecăreia dintre ele datorită faptului că răspunderea civilă se întemeiază pe ideea de reparare a unui prejudiciu, în timp ce răspunderea penală se întemeiază pe ideea producerii unui rău ceu care a săvârșit o infracțiune, ca o sancțiune pentru răul produs societății prin fapta sa.

Răspunderea penală se întemeiază pe principiul legalității incriminării și pedepsei, fiind necesar să existe o normă concretă de incriminare a faptei săvârșite și care să prevadă totodată o pedeapsă pentru această faptă, pe când răspunderea civilă ia naștere prin încălcarea unei reguli generale după care o persoană răspunde pentru orice faptă cauzatoare de prejudicii, legea civilă neprocedând la o descriere concretă a fiecărei fapte în parte.

Acțiunea în daune este în esență o instituție de drept civil, dar ea poate deveni o instituție de drept procesual penal, în măsura în care este exercitată în cadrul unui proces penal. Ca și acțiunea penală, acțiunea în daune exercitată în cadrul procesului penal are același izvor, respectiv, infracțiunea săvârșită.

Acțiunea în daune născută dintr-o faptă penală poate fi promovată și la instanța penală, pe când acțiunea în daune născută dintr-o faptă care nu constituie infracțiune se poate intenta numai la instanța civilă.

Când este alăturată acțiunii penale, acțiunea în daune are un caracter accesoriu și, pe cale de consecință, poate fi exercitată în cadrul procesului penal numai în măsura în care poate fi pusă în mișcare acțiunea penală. De asemenea, acțiunea în daune se stabilește de instanța penală numai dacă persoana vătămată a optat pentru un proces penal și nu a optat pentru a sesiza direct instanța civilă. Dacă a optat pentru calea civilă, aceasta se suspendă până la soluționarea cauzei penale. Judecata acțiunii civile în daune nu se mai suspendă dacă procesul penal a fost el însuși suspendat.

Dacă persoana vătămată a ales calea acțiunii în daune în cadrul procesului penal, constituindu-se ca parte civilă, ea nu mai poate renunța la această cale pentru a sesiza instanța civilă, decât în cazul suspendării procesului penal.

Dacă persoana vătămată a introdus acțiune în daune pentru repararea prejudiciului în fața instanței civile, ea poate părăsi această instanță adresându-se cu cerere de constituire de parte civilă organului de urmărire penală sau instanței de judecată, numai dacă punerea în mișcare a acțiunii penale a avut loc ulterior introducerii acțiunii la instanța civilă, sau dacă procesul penal a fost reluat după suspendare, iar instanța civilă nu a pronunțat o hotărâre, chiar nedefinitivă.

Partea vătămată mai poate porni acțiune în fața instanței civile în cazul în care instanța penală, prin hotărârea rămasă definitivă, a lăsat nesoluționată acțiunea civilă.

Întrucât daunele morale nu pot fi supuse unei cuantificări exacte datorită naturii valorilor nepatrimoniale ce au fost lezate, nu este operantă nici actualizarea lor în raport cu vreun criteriu obiectiv, cum ar fi rata inflației, speța exemplificată în cele ce urmează fiind edificatoare în acest sens.

La data de 19 aprilie 1999 L.A. a chemat în judecată Statul Român prin Ministerul Finanțelor pentru a fi obligat la plata sumei de 160.913.384 lei cu titlu de despăgubiri civile și 1.000.000.000 lei daune morale, precum și actualizarea acestor despăgubiri, în raport cu rata inflației, plus cheltuieli de judecată și de deplasare, ca urmare a arestării nelegale pe perioada 2 august 1995 – 22 decembrie 1995, fiind trimis în judecată pentru săvârșirea infracțiunilor de luare de mită, abuz în serviciu și alte două fapte penale privitoare la activitatea economică.

Instanța de fond a dispus achitarea celui în cauză pentru infracțiunea de luare de mită, pentru inexistența faptei, iar pentru celelalte fapte, pentru lipsa elementelor constitutive ale infracțiunilor deduse judecătii, obligând pârâtul la plata sumei de 750.000.000 lei, cu titlu de daune morale. Instanța de apel, prin decizia pronunțată în 2002 a obligat pe pârât să

plătească reclamantului suma de 1.880.394.000 lei drept daune morale, stabilite prin actualizare, în raport cu rata inflației, a sumei de bani prevăzute în acțiunea din aprilie 1999.

Instanța de apel a reținut ca justificată acordarea sumei de 750.000.000 de lei, daune morale, în raport de atingerea adusă reputației profesionale și sociale a reclamantului, de existența procesului penal și luarea măsurii arestării preventive pe perioada 2 august 1995 – 22 decembrie 1995, precum și de suferința psihică pe care i-a provocat-o privarea de libertate.

Apoi, în raport de cererea expresă a reclamantului suma menționată de 750.000.000 de lei a fost actualizată, în raport de rata inflației începând cu data de 1 noiembrie 1999 până la data de 31 octombrie 2002, astfel ajungându-se la totalul de 1.880.394.000 de lei.

De reținut că prin decizia nr.5253 din 21 decembrie 2000 a Curții Supreme de Justiție, secția civilă s-a statuat că numai despăgubirile civile reprezentând salariul de care a fost lipsit cel în cauză pe întreaga perioadă de la data arestării și până la rămânerea definitivă a hotărârii de achitare sunt supuse reactualizării în raport de rata inflației.

În ceea ce privește daunele morale s-a avut în vedere că la stabilirea cuantumului acestora trebuie să se țină seama de consecințele arestării preventive, de vătămările cauzate reclamantului atât de arestare cât și intentarea procesului penal în legătură cu serviciul său, de vătămările onoarei, demnității, a creditului moral și poziției sociale pe care cel în cauză a avut-o anterior. Sunt reținute aspecte esențiale ale cauzei, ca funcția de director al sucursalei bancare a reclamantului, funcțiile și gradele didactice din învățământul superior fiind profesor universitar, starea sănătății și vârsta celui în cauză, astfel încât s-a dat îndrumarea instanței de trimitere de a stabili cuantumul daunelor spre limita superioară solicitată prin acțiunea introductivă de instanță.

Din cele redate, rezultă că prin hotărârea de casare, la care s-a făcut referire, s-a făcut o distincție clară între despăgubirile materiale solicitate și daunele morale, ce prin natura lor nu sunt susceptibile de majorare în raport de rata inflației. Stabilirea cuantumului despăgubirilor echivalente unui prejudiciu nepatrimonial include de regulă o doză de aproximare, instanța trebuind să aibe în vedere o serie de criterii cum ar fi consecințele negative suferite de cel în cauză pe plan fizic și psihic, importanța valorilor morale lezate, măsura în care acestea au fost lezate, intensitatea cu care au fost percepute consecințele hotărârii, măsura în care i-au fost afectate situația profesională, socială și familială și altele asemenea.

Rezultă așadar că daunele morale nu pot fi supuse unei cuantificări exacte, ceea ce este posibil în ceea ce privește daunele materiale, datorită naturii valorilor nepatrimoniale ce au fost lezate, astfel că nu este operantă nici actualizarea lor în raport de vreun criteriu obiectiv, cum ar fi rata inflației.

În această materie operează principiul reparației integrale care guvernează răspunderea civilă delictuală, astfel că în raport cu cele hotărâte prin decizia Curții Supreme de Justiție, la care s-a făcut referire, urmează a se aprecia cuantumul pagubei morale la valoarea solicitată de 1 miliard de lei, sens în care se va modifica decizia recurată, prin admiterea recursurilor.

În ceea ce privește al doilea motiv de recurs formulat de Ministerul Finanțelor Publice, prin mandat, ce vizează limitarea despăgubirilor materiale numai la perioada arestării, se constată că acesta este neîntemeiat, deoarece prin aceeași decizie a Curții Supreme de Justiție, dată în speță, s-a reținut că pretențiile formulate nu se pot limita la perioada strictă

a arestării, ci ele se întind și pe perioada următoare, în care cel în cauză a avut interdicția de a ocupa și exercita funcția economică din care a fost suspendat, pe tot parcursul procesului penal, până la

finalizarea lui prin hotărâre irevocabilă.

Astfel, recursul a fost admis și s-a modificat decizia recurată numai în sensul reducerii cuantumului daunelor morale la 1.000.000.000 de lei, cu menținerea celorlalte dispoziții ale hotărârii recurate.

Așa fiind, se constată că, stabilind cuantumul daunelor morale, instanța de recurs a pronunțat o soluție temeinică, corespunzătoare principiilor răspunderii civile delictuale stabilite prin dreptul intern și exigențelor art.3 din Protocolul nr.7 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale, așa încât criticile formulate prin recursul în anulare apar ca fiind neîntemeiate și sub acest aspect.

BIBLIOGRAFIE

- I.Albu,V.Ursa, *Răspunderea civilă pentru daunele morale*, Ed.Dacia, Cluj-Napoca, 1979.
- Ion Tanoviceanu, *Tratat de procedură penală*, ed.a II a, revăzut și completat, vol.IV, Tipografia „Curentul judiciar”, București, 1924.
- Vintilă Dongoroz, în *Codul penal Carol al II-lea*, adnotat de C.Rădescu, I.-Ionescu Dolj, I.Gr.Periețeanu, V.Dongoroz, H.Asnavorian, T.Pop, M.I.Papadopolu, N.Pavelescu, vol.I, Partea generală, Ed.Librăriei Socec&Co, București, 1937.
- C.S.J., Secția civilă, dec.nr.5437 din data de 16.12.2003

SOMAȚIA DE PLATĂ MIJLOC DE REALIZARE A PRINCIPIULUI CELERITĂȚII

Asist. Univ. GIOSAN RUXANDRA –OANA
Universitatea Romano-Americana – Facultatea de Drept

AVOCAT PERȚACHE EUGEN
Baroul Bucuresti

The romanian law (The Government Decree no. 5/2001 concerning the procedure of collection letter) will allow the creditor to open the procedure of collection letter in order to recover his receivable..

The receivable has to be certain, expressed in money and has to be due. The receivable must represent a payment engagement of certain amounts of money according to a contract, established by a document or determined according to a statute covered by a document which is signed by parties or is assumed in another way admitted by the law, which attest rights and liabilities regarding services, works or any performances.

The court decisions made according this procedure don't have the work judged on the merits of the dispute. If the court considers that the conditions necessary to issue the order containing the payment are not met, the procedure will be rejected, irrevocably and the creditor has the right to start the ordinary procedure to recover the debit.

Somatie, plata, ordonanta, creanta, certa, lichida, exigibila, creditor, debtor

Celeritatea în soluționarea unei cereri sau a unui proces reprezintă în prezent una dintre dimensiunile unei "judecăți echitabile". Timpul domină organizarea și desfășurarea procesului, dar timpul însuși poate fi dominat atât prin voința legiuitorului, cât și a instanței și a părților.

Preocupările existente pentru realizarea efectivă a principiului celerității, precum și pentru înlăturarea "crizei" celerității justiției, având ample și uneori ireparabile repercursiuni pe planul realizării efective a drepturilor și intereselor legitime, sunt tot mai frecvente, atât la nivel comunitar, cât și la nivel național.

Convenția Europeană privind apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, în art. 6 parag. 1 stabilește nu numai dreptul persoanei la judecarea cauzei sale într-un "mod echitabil", ci și realizarea acestui lucru "într-un timp rezonabil".

Constituția României revizuită, cuprinde această exigență în art. 21 alin. (3), care prevede că "Părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil".

Majoritatea covârșitoare a statelor membre ale Uniunii Europene, unele chiar anterior integrării în Uniunea Europeană, au introdus în sistemele lor juridice proceduri specifice având ca obiect și scop injoncțiunea de plată, pentru obținerea rapidă a unui titlu executoriu (Franța, Germania, Austria, Belgia, Finlanda, Grecia, Italia, Luxemburg, Portugalia, Spania, Suedia). Numai câteva țări dintre cele cu un statut de mai mult timp dobândit ca membre ale Uniunii nu au sau nu au încă o asemenea procedură specială și

exclusivă (Anglia, Olanda), însă au alte proceduri de natură să asigure recuperarea rapidă, simplă și economicoasă a creanțelor.

În majoritatea sistemelor de reglementare din țările Uniunii Europene, cererea creditorului în somație de plată se rezolvă de către instanță (Franța, Belgia, Italia, Grecia, Luxemburg, Spania), prin aprecierea probelor.

În unele țări, competența aparține unei autorități pseudojudiciare sau administrative (Germania, Austria, Finlanda, Portugalia, Suedia).

Cu o singură excepție, în toate țările la care ne-am referit mai sus, care practică procedura somației de plată, această procedură este facultativă, creditorul putând opta între procedura somației de plată și procedura de drept comun pentru recuperarea creanței sale.

În *Austria*, însă, procedura somației de plată (*Mahnverfahren*) este obligatorie, ca primă etapă, prealabilă procedurii comune.

În majoritatea reglementărilor din Uniunea Europeană, domeniul procedurii somației de plată îl constituie o creanță în bani, care trebuie să fie certă, lichidă și exigibilă, aceste atribute fiind precizate în mod expres sau alte ori ele considerându-se a fi prezumate.

După anul 1990, în România, în contextul crizei de celeritate și eficacitate remarcată în justiția civilă și comercială, au existat în permanență preocupări pentru ameliorarea acestei situații, luându-se o serie de măsuri legislative de organizare și procedură, în sensul că a fost introdus în Codul de procedură civilă, capitolul XIV, privind soluționarea litigiilor în materie comercială.

În contextual accentuării celerității și eficacității justiției civile și mai ales comerciale, aceste măsuri au fost considerate insuficiente motiv pentru care a fost adoptată Ordonanța Guvernului nr. 5/2001 privind procedura somației de plată, care prevede că pentru încasarea unei creanțe civile sau comerciale, poate fi inițiată și o procedură legală, specială, numită "somația de plată".

Ordonanța Guvernului nr. 5/2001 reglementează o modalitate simplificată și accelerată de obținere a titlului executoriu după modelul reglementării din Codul francez, cunoscută sub numele „injoncțiunii de plată”. O asemenea procedură există și în Codul german de procedură civilă. În felul acesta, legea română permite creditorului să înceapă procedura somației de plată pentru a-și recupera creanța numai în cazul creanțelor certe, lichide și exigibile ce reprezintă o obligație de plată a unor sume de bani asumate prin contract, constatate printr-un înscris ori determinate potrivit unui statut reglementat printr-un act scris, care este însoțit de părți prin semnătură, ori într-un alt mod admis de lege și care atestă drepturi și obligații privind executarea anumitor servicii, lucrări sau orice fel de alte prestații. Hotărârile pronunțate în cadrul acestei proceduri nu au autoritatea lucrului judecat asupra fondului litigiului. În cazul în care instanța apreciază că nu sunt îndeplinite condițiile necesare emiterii ordonanței care să conțină somația de plată o va respinge, irevocabil, creditorul având însă dreptul să pornească procedura de drept comun pentru recuperarea debitului.

Cererile privind somația de plată se depun la instanța competentă pentru judecarea fondului cauzei în primă instanță.

Procedura specială a somației de plată se înscrie în cadrul măsurilor impuse de dezideratul de a oferi creditorilor o procedură rapidă și mai puțin costisitoare pentru obținerea titlurilor executorii în vederea realizării creanțelor prin executare silită.

Intenția legiuitorului de a crea un sistem de recuperare urgentă a creanțelor, prin simplificarea procedurilor și desfășurarea acestora în regim de celeritate, rezultă fără

echivoc atât din regulile procedurale aplicabile judecării în fond a cererii, cât și din limitarea căilor de atac ce se pot exercita împotriva ordonanței prin care s-a admis cererea. Legiuitorul a urmărit să faciliteze și accesul creditorului la procedura de recuperare a creanțelor sale, prin stabilirea unei taxe de timbru în cuantum determinat și relativ nesemnificativ în raport cu creanța solicitată (39 RON).

De asemenea, somația de plată este o procedură specială, pentru declanșarea căreia nu este necesară efectuarea concilierii prealabile.

Mai mult decât atât, instanța supremă a statuat că, în cazul în care într-o primă fază s-a recurs la procedura somației de plată, ulterior nu mai este necesară îndeplinirea procedurii convocării la conciliere într-o eventuală judecată a cauzei pe dreptul comun. În acest fel, rațiunea concilierii prealabile prevăzute de art. 7201 Cod procedură civilă, de a simplifica și degreva judecățile având ca obiect pretenții de natură financiară ce pot fi soluționate pe cale amiabilă și într-un termen scurt, este practic realizată și atunci când încercarea de conciliere a reclamantei cu cealaltă parte a avut loc în cadrul unei alte proceduri, cum este cea a somației de plată (Decizia nr. 3184/30.09.2004 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția Comercială).

În plus, se remarcă și o limitare a probatoriului ce poate fi administrat în cauză, și anume înscrisuri, eventual lămuriri și explicații solicitate părților de către instanță. Însă din redactarea textului rezultă că singurul mijloc de probă admisibil îl reprezintă înscrisurile, explicațiile și lămuririle pe care părțile le pot prezenta judecătorului neputând constitui mijloace de probă.

De asemenea, deși textul inițial al OG 5/2001 prevedea posibilitatea parcurgerii a trei grade de jurisdicție pentru debitor, în prezent ordonanța care conține somația de plată poate fi atacată numai de debitor, cu cerere în anulare, o cale de atac de retractare. Cererea în anulare este o cale procedurală specială, instituită doar în favoarea debitorului, în cadrul căreia acesta își poate exercita fără îngrădiri dreptul la apărare, inclusiv prin calea de atac a recursului. Așadar, dacă instanța investită admite cererea în anulare, aceasta va anula ordonanța, pronunțând o hotărâre irevocabilă. De asemenea, hotărârea prin care a fost respinsă cererea în anulare este irevocabilă, creditorul putând să procedeze deîndată la investirea cu titlu executoriu a ordonanței și la declanșarea pe cale de consecință a executării silit.

În practică însă, au existat și dezavantaje create prin aplicarea neunitară și incompletă a dispozițiilor OG 5/ 2001. Astfel, punerea în executare a ordonanței a ridicat o serie de probleme, dat fiind conținutul art. 6 alin. 4 din OG 5/2001, care prevede necesitatea comunicării, prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire a ordonanței prin care s-a admis somația de plată.

În acest sens, Înalta Curte de Casație și Justiție a tranșat în mod definitiv această problemă și a admis recursul în interesul legii promovat de Procurorul General al României, dispunând că nu este admisibilă cererea de investire cu formulă executorie a ordonanței de admitere în tot sau în parte a somației de plată, dacă aceasta nu a fost comunicată prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire debitorului (Decizia nr. 11/ 20.03.2006 - Înalta Curte de Casație și Justiție – Secțiile Unite).

Ca urmare, este necesar ca instanța de judecată, în exercitarea rolului activ, să verifice în ce măsură s-au respectat dispozițiile atât cu privire la comunicarea ordonanței, cât și cu privire la modalitatea în care aceasta a rămas irevocabilă.

În această privință se impune să se aibă în vedere că nerespectarea acestor prevederi legale din Ordonanța Guvernului nr. 5/2001 ar atrage, pe de o parte, încălcarea principiului disponibilității și lipsirea debitorului de posibilitatea de a se apăra, iar pe de altă parte, ar crea posibilitatea invocării nulității relative a actului, în cadrul unei contestații la executare, în conformitate cu dispozițiile art. 105 alin. 2 din Codul de procedură civilă.

Reglementarea procedurii somației de plată a condus la simplificarea demersului jurisdicțional al creditorilor pentru obținerea titlurilor executorii. Aceasta a suferit mai multe schimbări legislative în timp, astfel încât să corespundă cât mai bine interesului social general pentru care a fost creată. În plus, reușește să mențină un echilibru între interesul creditorului ce se dorește a fi protejat prin edictarea normei juridice și dreptul la apărare al debitorului, și anume: interesul oricărui creditor de bună-credință ale cărui drepturi sunt vătămate prin aplicarea unor proceduri greoaie și ineficiente pentru recuperarea creanțelor sale și, în același timp, interesul debitorului de bună-credință de a nu fi expus unor pretenții abuzive. Procedura somației de plată nu afectează apărările de fond privind natura raporturilor juridice dintre creditor și debitor.

În concluzie, adoptarea Ordonanței Guvernului nr.5/2001 privind procedura somației de plată, instituind o procedură simplificată de realizare voluntară sau prin executare silită a creanțelor bănești certe, lichide și exigibile, a fost determinată de necesitatea accentuării celerității și eficienței justiției civile și comerciale. Potrivit art. 1 din OG 5/2001, procedura somației de plată "se desfășoară, la cererea creditorului, în scopul realizării de bunăvoie sau prin executare silită a creanțelor certe, lichide și exigibile, ce reprezintă obligații de plată a unor sume de bani asumate prin contract însoțit de părți prin semnătură ori în alt mod admis de lege, și care atestă drepturi și obligații privind executarea anumitor servicii, lucrări sau orice alte pretenții".

În materie comercială, legiuitorul a adoptat, Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 119/2007 cu privire la măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată rezultate din contractele comerciale, ordonanță publicată în Monitorul Oficial nr. 738 partea a IV-a din 31.10.2007.

Lecturând această Ordonanță de Urgență putem recunoaște dispoziții ale Ordonanței nr.5/2001 privind procedura somației de plată. Cu toate acestea, deși ar fi fost de așteptat ca în dispozițiile finale ale OUG nr. 119/2007 să se regăsească o normă de abrogare a OG nr.5/2001, o astfel de dispoziție nu există.

Potrivit art. 2 alin. 1 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 119/2007 privind măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată rezultate din contracte comerciale, cât privește domeniul de aplicare, această ordonanță de urgență se aplică creanțelor certe, lichide și exigibile ce reprezintă obligații de plată a unor sume de bani care rezultă din contracte comerciale.

În conformitate cu prevederile alin. 2 ale art. 2 din același act normativ, nu sunt incluse în sfera de aplicare a acestei ordonanțe de urgență:

- a) creanțele înscrise la masa credală în cadrul unei proceduri de insolvență;
- b) contractele încheiate între comercianți și consumatori.

Cât privește sfera de aplicare a prevederilor celui alt act normativ, potrivit art. 1 alin. 1 din Ordonanța de Guvern nr. 5/2001 privind procedura somației de plată, cu modificările și completările ulterioare, procedura somației de plată se desfășoară, la cererea creditorului, în scopul realizării de bunăvoie sau prin executare silită a creanțelor certe, lichide și exigibile ce reprezintă obligații de plată a unor sume de bani, asumate prin contract

constatat printr-un înscris ori determinate potrivit unui statut, regulament sau altui înscris, însușit de părți prin semnătură ori în alt mod admis de lege și care atestă drepturi și obligații privind executarea anumitor servicii, lucrări sau orice alte prestații.

Dispozițiile legale existente în Ordonanța nr. 5/2001 privind procedura somației de plată, cu modificările și completările ulterioare, au un domeniu de aplicare mai larg, spre deosebire de prevederile legale din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 119/2007 privind măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată rezultate din contracte comerciale. În acest sens, prevederile Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 119/2007 sunt aplicabile numai în cadrul raporturilor juridice de drept comercial care au la bază contracte comerciale, în timp ce dispozițiile legale din Ordonanța de Guvern nr. 5/2001, cu modificările și completările ulterioare, au o sferă de aplicare mai largă, întinzându-se efectele și în cadrul raporturilor juridice de drept civil.

Drept urmare, tragem concluzia că Ordonanța de urgență a Guvernului nr.5/2001 se află în continuare în vigoare și apare necesitatea de a analiza care este raportul dintre cele două acte normative.

Față de scopul urmărit de legiuitor, apreciez că se impun câteva modificări legislative ale procedurii somației de plată, care să elimine unele neajunsuri și care să o transforme într-o procedură mult mai atractivă pentru justițiabili.

În acest sens, formulez câteva propuneri de lege ferenda:

1. Competența teritorială în soluționarea cererii să revină instanței domiciliului creditorului sau instanței sediului persoanei juridice creditoare;
2. Să se precizeze că termenul de plată a creanței de către debitor curge de la data pronunțării sau comunicării ordonanței conținând somația de plată, după cum debitorul a fost sau nu prezent la comunicare;
3. Prevederea dreptului creditorului de a ataca și el cu cerere în anulare hotărârile pronunțate în cadrul acestei proceduri, în aceleași condiții ca și debitorul;
4. Obligatorietatea redactării ordonanței somației de plată și a hotărârii prin care se soluționează cererea în anulare în maxim 10 zile și comunicarea acestora "de îndată";
5. Să se prevadă expres că dispozițiile art.7201 Cod procedură civilă nu se aplică.

BIBLIOGRAFIE

- Ordonanța Guvernului nr. 5 din 19 iulie 2001 privind procedura somației de plată, publicată în Monitorul Oficial nr. 422 din 30 iulie 2001;
- Legea nr. 295 din 15 mai 2002 pentru aprobarea Ordonanței Guvernului nr. 5/2001 privind procedura somației de plată, publicată în Monitorul Oficial nr. 380 din 5 iunie 2002;
- Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 119/2007 cu privire la măsurile pentru combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată rezultate din contractele comerciale, publicată în Monitorul Oficial nr. 738 din 31.10.2007;
- Legea nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru, publicată în M.Of. nr.173/29.07. 1997;
- Florea Măgureanu, V. Tudor – Somația de plată, mijloc de realizare a creanțelor în R.D.C. nr.7-8/2002;
- Gh. Buta – „Somația de plată – o procedură cu un viitor incert”- Pandantele Române, supliment 2004;

- V. M. Ciobanu – “Un pas important pentru reforma justiției în România” – Pandantele Române, 2004;
- Ion Deleanu și Gheorghe Buta – Procedura somației de plată, Ed. C.H. Beck 2006;

ASIGURAREA DE BUNURI ÎN CONTEXTUL INTEGRĂRII ROMÂNIEI ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ

Prep. Univ. Drd. DOBRESU ANDREIA
Universitatea Româno-Americană

În această lucrare împărțită în 4 capitole, am tratat asigurarea de bunuri care este reglementată de art.24-30 din Legea 136/1995.

În capitolul I, am explicat noțiunea de asigurare de bunuri prin care asigurătorul se obligă ca la producerea riscului asigurat să plătească asiguratului, beneficiarului sau celor în drept o despăgubire.

Apoi am abordat condițiile de validitate ale contractului de asigurare de bunuri și anume capacitatea, consimțământul părților contractante, cauza contractului precum și condițiile speciale ale contractului de asigurare.

În secțiunea a-III-a a acestui capitol am analizat efectele contractului de asigurare de bunuri și anume : drepturile și obligațiile asiguratului până la producerea cazului asigurat precum și drepturile și obligațiile asiguratului după apariția cazului asigurat.

Un subiect de actualitate pe care l-am tratat, îl reprezintă asigurarea obligatorie a locuințelor, în cadrul căruia am prezentat, reglementarea și domeniul său de aplicare, terminologia legii privind asigurarea obligatorie a locuințelor, particularitățile asigurării de locuințe precum și efectele contractului de asigurare obligatorie a locuințelor.

Un capitol aparte l-am rezervat asigurării locuințelor în Uniunea Europeană, în cadrul căreia un rol important îl deține și țara noastră în ceea ce privește adaptarea legislației românești la prevederile comunitare.

CUVINTE CHEIE

- I. Asigurarea de bunuri
- II. Riscul asigurat
- III. Caz asigurat
- IV. Asigurarea obligatorie a locuințelor
- V. Asigurarea locuințelor în Uniunea Europeană

1. ASIGURAREA DE BUNURI

Asigurarea de bunuri este reglementată de **art. 24-30 din Legea 136/1995**. în cazul acestei asigurări, asigurătorul se obligă ca la producerea riscului asigurat să plătească asiguratului, beneficiarului sau celor în drept o despăgubire.

În fapt asigurarea de bunuri este o asigurare facultativă ce are ca obiect protecția asiguratului împotriva riscurilor ce se produc asupra bunurilor, cum ar fi incendiul, inundația, furtul etc. și a cărei pierdere totală sau parțială ar crea consecințe negative în patrimoniul asiguratului. Deci, pentru ca și asiguratul să fie despăgubit este necesar să încheie o asigurare facultativă asupra bunului în cauză. ..

O condiție esențială în asigurarea de bunuri este determinată de existența unui interes patrimonial necesar pentru conservarea bunului asigurat. Acest interes prevăzut și în **art. 25 din Legea nr.136/1995** trebuie să fie dovedit de asigurat sau de beneficiarul asigurării.

Dacă a fost desemnat un beneficiar al asigurării încheiate, această condiție trebuie să fie îndeplinită de acel beneficiar.¹

Obiectul contractului de asigurare de bunuri îl reprezintă bunurile cuprinse în cadrul contractului de asigurare. Astfel pot fi asigurate facultativ : bunurile aparținând persoanelor fizice și juridice, bunurile primite în folosință sau aflate spre păstrare, reparare, vânzare sau aflate în cadrul muzeelor și a expozițiilor, bunurile care fac obiectul unor contracte de cesionare, închiriere sau locație de gestiune. Bunurile și riscurile ce sunt asigurate precum și situațiile în care pot fi acordate despăgubiri sunt prevăzute în condiții speciale stabilite pentru fiecare formă de asigurare.

Obligația asiguratului este aceea de a menține bunurile asigurate în bune condiții și în conformitate cu dispozițiile legale pentru a preveni producerea riscului asigurat. În caz de nerespectare a acestor condiții asiguratorul poate denunța contractul.

De asemenea asiguratorul are obligația să verifice dacă bunul asigurat este păstrat în bune condiții.

Bunurile se asigură pentru sumele declarate de asigurat care, din cauza degradării nu mai pot fi folosite potrivit destinației.

Contractul de asigurare de bunuri se încheie de către proprietar dar și oricine are interes sau o răspundere pentru conservarea bunului ce se asigură.

Condițiile de validitate ale contractului de asigurare de bunuri

Capacitatea de a încheia un contract de asigurare

Astfel într-un contract de asigurare de bunuri, calitatea de contractant al asigurării o poate avea o persoană fizică sau juridică.²

Persoanele juridice dobândesc capacitate de folosință încă de la data înființării lor, iar capacitatea de exercițiu se dobândește de la data constituirii valabile a organelor de conducere. În cazul contractului de asigurare de bunuri, persoanele juridice pot încheia contracte de asigurare în mod direct prin organelor de conducere sau prin reprezentanți

Așa cum se prevede în **art.2 pct.5 din Legea nr.32/2000**, asiguratorul este persoana juridică autorizată să exercite activități de asigurare. Această persoană juridică se poate prezenta și sub forma unei societăți comerciale de asigurare sau sub forma unei societăți mutuale de asigurare.

Cu privire la persoanele fizice se consideră în doctrină și în jurisprudență că acestea pot încheia contracte de asigurare de bunuri dacă acestea au împlinit vârsta de 14 ani și nu sunt puse sub interdicție.³

Consimțământul părților contractante

Prin consimțământ se înțelege acel element structural de validitate a actului juridic civil, prin care se înțelege manifestarea hotărârii (intenției) de a încheia un act juridic civil.

Conform **art. 953 din Codul Civil**, „consimțământul nu este valabil când este dat prin eroare, smuls prin violență sau surprins prin dol. În asigurarea de bunuri ca vicii de consimțământ întâim eroarea, ca reprezentare greșită a realității asupra calităților esențiale ale obiectului

asigurat precum și dolul sau viclenia prevăzută în **art. 960 C.civ**, care constă în inducerea în eroare a uneia dintre părți prin mijloace frauduloase pentru a o determina să încheie asigurarea.

¹ Sferidan Irina, Contractul de asigurare de bunuri, Ed. Lumina Lex, București, 2004, pag.95

² Sferidan Irina, Contractul de asigurare de bunuri, Ed. Lumina Lex, București, 2004, pag.95

³ Fr.Deak, Editura Universul Juridic, 1998, pag 410-411

În practică putem întâlni ca viciu de consimțământ dolul, mai ales din perspectiva asiguratului. Dolul este viciu de consimțământ numai dacă mijloacele frauduloase utilizate de una dintre părți au fost de așa natură încât, fără aceste manopere dolosive, cealaltă parte nu ar fi încheiat contractul de asigurare.

Astfel potrivit legii asiguratul trebuie să răspundă la întrebările puse de asigurător în legătură cu bunurile asupra căreia poartă asigurarea.

În **art.13 din legea nr.136/1995** se precizează că persoana care dorește să încheie asigurarea trebuie să răspundă la întrebările puse de sigurător precum și să declare toate informațiile care sunt necesare pentru evaluarea riscului.

3. Obiectul contractului de asigurare

Obiectul în cazul contractului de asigurare este reprezentat de conduita la care se obligă părțile pe toată durata contractului conform **art. 962 C.civ.**

În practica noastră juridică, contractul de asigurare are ca obiect crearea de obligații pentru părți care sunt în principal: plata primei de asigurare și garantarea din partea asigurătorului că la producerea cazului asigurat va plăti indemnizația de asigurare.¹

Interesul asigurabil nu poate fi considerat obiect al contractului de asigurare deoarece el este considerat în doctrină ca fiind acel raport economic dintre o persoană și bunul pe care dorește să-l asigure.

În asigurarea de bunuri, orice bun poate fi supus unui risc care poate asigurat.

Pot face obiectul asigurării de bunuri numai bunurile asigurabile. Un bun poate fi asigurabil atunci când întrunește următoarele condiții: bunul trebuie să existe, bunul trebuie să fie determinat sau determinabil.

Asigurarea de bunuri are ca obiect atât bunurile corporale cât și bunurile incorporeale cum ar fi de exemplu asigurarea creditului.

Cauza contractului de asigurare

Cauza contractului este un element esențial al contractului și anume obiectivul urmărit de părțile contractante. Astfel putem vorbi de scopul imediat și de scopul mediat.

În ceea ce privește contractul de asigurare de bunuri, menționăm că scopul direct și imediat al contractului o reprezintă prefigurarea mentală a contraprestației, și anume încasarea indemnizației de asigurare iar pentru asigurător, scopul direct și mediat al contractului îl constituie acumularea unei sume importante de bani..²

Scopul mediat al asiguratului este dat de dorința acestuia de a obține acoperirea eventualelor pagube pe care le-ar putea suferi el însuși sau le-ar crea terților.

Potrivit **art. 966 C.civ**, cauza contractului de asigurare trebuie să existe, să fie reală, licită și morală. O cauză ilicită nu poate fi asigurată atunci când se probează că se încalcă ordinea publică și bunele moravuri.

Astfel nu poate fi asigurată activitatea de contrabandă, asigurarea de bunuri rezultată din săvârșirea unor infracțiuni, bunuri a căror proveniență este ilicită precum și evenimente provocate în mod intenționat de asigurat.

¹ Fr. Deak, Tratat de drept civil Editura Universul Juridic, 1998, pag 406

² Cosmin Iliescu, Contractul de asigurare de bunuri în România, Ed. All Beck, 1999, pag.44

Condiții de validitate speciale ale contractului de asigurare de bunuri

Încheierea unui contract de asigurare presupune atât respectarea condițiilor esențiale prevăzute de **art. 948 C.civ** pentru validitatea oricărei convenții cât și a unor elemente specifice. Este vorba de risc, interes asigurabil și suma asigurată.

Riscul asigurabil și riscul asigurat

În cazul riscului asigurat se are în vedere un eveniment viitor și incert, determinat și circumstațiat prin contract.

Nu orice eveniment incert și viitor reprezintă un risc asigurabil. Riscul asigurabil este o noțiune complexă. Astfel în practica Î.C.C.J s-a decis că sunt asigurabile numai riscurile determinate de evenimente care depind exclusiv de hazard. Dacă paguba are alte cauze, inclusiv comportamentul culpabil al asiguratului, care nu a luat măsuri de limitare a prejudiciului, acesta nu poate fi indemnizat.¹ Pentru a fi asigurabil, un risc trebuie să corespundă unor criterii de asigurabilitate, criterii pe care le redăm succint în rândurile care urmează:

a. să fie măsurabil, adică să poată fi determinat probabilistic și să se poată produce cu o probabilitate cuprinsă între 0 și 1. Obiectul măsurării riscului este acela de a calcula impactul

pierderilor asupra societății de asigurare. Situațiile ce pot genera pierderi, în esență riscurile, trebuie să fie mai întâi identificate. După identificare, asigurătorul trebuie să aprecieze numărul pierderilor posibile din fiecare an, mărimea posibilă a fiecărei pierderi și pierderea maximă posibilă.²

b. riscul să nu poată fi evitat

c. riscul trebuie să fie suportabil ca mărime și frecvență, respectiv să poată fi acoperit financiar de către asigurător. Asigurătorul își stabilește printr-un management al riscului ce tip de riscuri poate prelua în asigurare, în funcție de capitalul de care dispune. Obiectul garanției îl constituie riscurile particulare care au o întindere limitată și previzibilă.

d. pentru a fi asigurabil un risc trebuie să fie pur, iar nu speculativ. Prin urmare se vor prelua în garanție numai acele riscuri care cauzează pierderi, niciodată câștig (de exemplu, incendiul, explozia, accidentele, naufragiul, decesul, etc.) și vor fi refuzate cele prin a căror producere se poate înregistra o pierdere sau se poate obține un câștig (cazul pariurilor, jocurilor de noroc, etc).

- Riscul asigurabil trebuie să fie licit și moral. Frontierele care separă riscurile asigurabile de cele care nu se pot asigura se bazează nu numai pe considerente tehnice și financiare, ci și pe considerente morale și sociale.

Prin urmare, nu se pot subscrie în asigurare riscuri contrare prevederilor legale în vigoare sau bunelor moravuri (asigurarea răspunderii penale, asigurarea bunurilor sau a răspunderii rezultate dintr-o activitate de contrabandă sau a oricăror bunuri ce reprezintă consecința unei infracțiuni, etc.).³

¹ Mona Maria Pivniceru, Efectele juridice ale contractelor aleatorii, Editura Hamangiu, 2009

² Cosmin Ilescu, Contractul de asigurare de bunuri în România, Editura ALL BECK, 1999

³ Radu N Catană, Dreptul Asigurărilor, Ed. Sfera Juridică, 2007, pag 132

2. EFECTELE CONTRACTULUI DE ASIGURARE DE BUNURI

Drepturile și obligațiile asiguratului până la producerea cazului asigurat:

Legislația în materie îi recunoaște unele drepturi asiguratului până la producerea evenimentului asigurat, dintre care cele mai importante sunt : dreptul asiguratului de modificare a contractului și dreptul asiguratului de a încheia asigurări suplimentare.

Modificarea contractului

Modificarea contractului reprezintă posibilitatea asiguratului de a schimba numele său înscris pe poliță, în baza modificării actului de stare civilă sau de a schimba modul de plată pentru prime, când ele se achită în rate.

Modificarea contractului ca și încheierea acestuia, din motive de probațiune, se realizează în formă scrisă.

Motivele pentru care se solicită modificarea contractului pot fi următoarele:

- apariția unui nou obiect supus riscului sau dispariția unor dintre obiectele prevăzute în poliță;
- modificări aferente riscului, iar modificarea primelor este rezultatul consimțământului ambelor părți;
- solicitarea unor noi modalități de garanție cum ar fi adaugarea sau suprimarea unei excluderi de garanție;
- apariția unui nou risc pentru care asiguratul solicită protecție (cum ar fi asigurarea împotriva furtului);
- modificări ale primei ca o consecință a schimbărilor aferente riscului;
- modificări aferente funcționării contractului (cum ar fi termenul de preaviz, termene de reziliere etc.).

Dreptul asiguratului de a încheia asigurări suplimentare

Încheierea de asigurări suplimentare se aplică în cazul asigurării de bunuri. Motivul acestui drept constă în operațiunea de majorare a sumelor asigurate inițial.

În asigurările de bunuri, suma asigurată se micșorează cu începere de la data producerii evenimentului asigurat, pentru restul perioadei de asigurare, cu suma cuvenită drept despăgubire. Astfel asigurarea va putea continua pentru suma asigurată care va fi redusă, iar prima de asigurare va rămâne neschimbată pentru aceeași perioadă de asigurare.

Dreptul de a încheia asigurări suplimentare nu este un efect al contractului inițial încheiat deoarece, rezultă din modificarea contractului. Trebuie avut în vedere că prin această modificare să nu se producă suprasigurarea.¹

Asiguratul poate cere majorarea sumei asigurate la valoarea sa inițială dar în acest caz va trebui să plătească un supliment de primă.

Drepturile și obligațiile asigurătorului până la producerea evenimentului asigurat

Pe durata contractului, asigurătorul beneficiază de unele drepturi speciale, cum ar fi:

- Dreptul la plata primelor;
- Dreptul de a verifica existența bunurilor asigurate și modului în care acestea sunt întreținute;
- Dreptul de a aplica sancțiuni legale când asiguratul a încălcat obligațiile privind întreținerea, folosirea și paza bunurilor asigurate;

¹ Violeta Ciurel, Asigurări și Reasigurări, Ed. Economică, 2000, pag 206

- Dreptul de a reactualiza valoarea ratelor de primă, în măsura în care se recalculează și valoarea bunului asigurat.

Până la ivirea cazului asigurat, asigurătorul are și unele obligații:

- Obligația de a elibera, la cerere, duplicatul documentului de asigurare, dacă asiguratul l-a pierdut pe cel original;

- Obligația de a elibera, la cererea asiguratului, certificate de confirmare a asigurării, cu indicarea sumelor asigurate.

Drepturile și obligațiile asigurătorului după apariția cazului asigurat:

Principalele obligații ale asiguratului, după producerea evenimentului asigurat sunt următoarele: să comunice asigurătorului producerea riscului asigurat în termenul prevăzut în contract, în cazurile prevăzute de lege, asiguratul are obligația să ia, fără a depăși suma asigurată, măsurile necesare pentru limitarea pagubei, salvarea bunurilor asigurate, păstrarea și paza celor rămase, să participe la constatarea cazului asigurat produs precum și a pagubei rezultate și să furnizeze datele și actele solicitate de asigurător cu privire la evenimentul asigurat.¹

Plata indemnizației de asigurare

Cea mai importantă obligație a asigurătorului, după producerea cazului asigurat o reprezintă aceea de a plăti indemnizația de asigurare acoradată asiguratului. În vederea plății acestei asigurări trebuie să fie constatate situațiile de drept și de fapt din care să rezulte dreptul asiguratului la beneficiul indemnizației.

În asigurările de bunuri, nimic nu-l împiedică pe asigurător să-și rezerve dreptul de a repara în natură prejudiciul suferit de asigurat.

Obligația de plată este de regulă declanșată numai după îndeplinirea procedurii de verificare de către compartimentele, departamentele specializate ale asigurătorului, a faptului că evenimentul produs reprezintă un risc asigurabil ce poate fi acoperit prin contract și că acesta s-a produs în circumstanțele acoperite de poliță și că primele au fost achitate la zi.

De asemenea asigurătorul va trebui să stabilească dacă prejudiciul s-a produs asupra bunurilor ce fac obiectul asigurării precum și raportul de cauzalitate între prejudiciul pe care îl suferă asiguratul și riscul luat în sarcina sa de către asigurător.

În asigurarea de bunuri, despăgubirea plătită de asigurător nu poate depăși dauna pe care asigurătorul a suferit-o efectiv.

Dacă despăgubirea acoperă dauna numai în parte, asiguratul își păstrează pentru tot ceea ce nu a primit din partea asigurătorului, acțiune în despăgubire contra terților răspunzători.

Constatarea producerii evenimentului asigurat și evaluarea pagubelor

În vederea stabilirii existenței obligației asigurătorului de a plăti indemnizația de asigurare, prima etapă necesară este aceea a constatării dacă asigurarea era în vigoare la data producerii riscului. În acest scop, se verifică durata pentru care a fost contractată asigurarea, data plății primelor de asigurare și perioada de timp pentru care s-au achitat.²

De asemenea, este necesar să se stabilească dacă evenimentul asigurat s-a produs în timpul valabilității contractului și dacă bunurile distruse ori degradate cuprinse în asigurare

¹ Art.26 alin.3 din Legea nr.136/1995

² Lect.univ.drd. Andy Pușcă, Contractul de asigurare, Academia Română, pag.108

fac parte din categoria celor menționate în condițiile de asigurare și corespund cu cele specificate în contract.

La asigurările a căror valabilitate este strâns legată de un anumit loc specificat în contract, se confruntă locul producerii evenimentului asigurat cu locul asigurării prevăzut în contract, sau, dacă este cazul, cu înștiințarea făcută anterior realizării riscului, în legătură cu mutarea bunurilor asigurate. .

3.ASIGURAREA OBLIGATORIE A LOCUINȚELOR

Reglementare și domeniu de aplicare

Legea 260/2008 privind asigurarea obligatorie a locuințelor reglementează „condițiile asigurării obligatorii a locuințelor aflate în proprietatea persoanelor fizice sau juridice, raporturile dintre asigurat și asigurător, drepturile și obligațiile fiecărei părți la contractul de asigurare obligatorie a locuințelor precum și constituirea, organizarea, funcționarea Poolului de Asigurare împotriva Dezastrelor Naturale.

Conform legii nu sunt asigurate anexele, dependențele care nu sunt legate structural de clădirea în care este situată locuința asigurată precum și bunurile din interiorul locuinței.

Particularități ale asigurării de locuințe

Părțile contractante

Asigurații – persoanele care sunt obligate să încheie asigurarea obligatorie a locuințelor.

Toate persoanele fizice și juridice sunt obligate să își asigure împotriva dezastrelor naturale toate construcțiile cu destinația de locuință aflate în mediu urban sau rural ce se află în proprietatea acestora sau sunt înregistrate în evidențele organelor fiscale.

În cazul încheierii contractelor de asigurare a locuințelor aflate în proprietatea statului sau a unităților administrativ-teritoriale, această obligație revine persoanelor ori autorităților desemnate în condițiile legii să le administreze.

Dacă o locuință face obiectul unei contract de leasing financiar, locatorul va fi cel obligat să încheie contractul de asigurare.¹

Asigurătorul în cazul contractului de asigurare obligatorie a locuințelor este *Pool de asigurare împotriva dezastrelor naturale* denumit și **PAID**.

Potrivit legii, pool de asigurare împotriva dezastrelor naturale este acea societate comercială de asigurare/reasigurare constituită prin asocierea societăților de asigurare autorizate să încheie asigurării obligatorii pentru locuințe.

Astfel singurul care are calitatea de asigurător în contractul de asigurare a locuințelor o are Pool de asigurare împotriva dezastrelor naturale și nu societățile de asigurare, acționari ai acestuia. Aceste societăți de asigurări acționare a Pool de Asigurare împotriva dezastrelor naturale au rolul de a fi intermediari în contractul de asigurare obligatorie a locuințelor.

¹ Legea 260/2008 cu privire la Asigurarea obligatorie a locuințelor, art.3 alin.3

Efectele contractului de asigurare obligatorie a locuințelor

Principalele efecte ale contractului de asigurare obligatorie a locuințelor sunt drepturile și obligațiile părților participante prevăzute în **art. 15, 16 din Legea nr.260/2008**.¹

Astfel asiguratul are următoarele obligații cum ar fi: să achite prima obligatorie precum și să îndeplinească celelalte obligații și să respecte condițiile prevăzute de prezenta lege. De asemenea asiguratul are și unele drepturi cum ar fi să încaseze despăgubirea rezultată **PAID**, în cazul producerii riscului asigurat obligatoriu.

Asigurătorului, respectiv lui **PAID** îi revin următoarele obligații: să plătească despăgubirile, să constate și să evalueze prejudiciile, să stabilească cuantumul despăgubirii și să finalizeze dosarele de daună în termenele și în condițiile stabilite de Comisia de Supraveghere a Asigurărilor precum și să îndeplinească celelalte obligații și să respecte condițiile prevăzute de prezenta lege.

De asemenea asigurătorului îi sunt prevăzute și anumite drepturi cum ar fi: să rețină comisionul din valoarea primei plătite în cuantumul prevăzut din ordin al președintelui **C.S.A** precum și să refuze plata despăgubirilor în cazul în care în termen de 60 de zile de la producerea riscului asigurat, beneficiarii *Pad* nu au înștiințat asigurătorul despre acest fapt și dacă din acest motiv nu s-a putut determina cauza producerii riscului asigurat, respectiv mărimea și întinderea prejudiciului.

4. ASIGURAREA LOCUINTELOR ÎN LEGISLAȚIA EUROPEANĂ

Din perspectiva dreptului comunitar activitatea de asigurare este încadrată în categoria serviciilor, potrivit definiției acestora din Tratatul de la Roma instituind Comunitatea Economică Europeană.

Libertatea de circulație a mărfurilor, persoanelor, serviciilor și a capitalurilor reprezintă una dintre trăsăturile pieței interne europene, reprezentând una dintre cele mai importante direcții de acțiune a Comunității în realizarea scopului Tratatului.

La nivel european au fost organizate două comitete care reglementează activitatea de asigurare și anume: **Comitetul European de Asigurări și Pensii Ocupaționale (EIOPC)** și **Comitatul European de Supervizare în domeniul Asigurărilor și Pensiilor Ocupaționale (CEIOPS)**.²

Ulterior au fost adoptate **Directivile 92/49/CE și 92/96/CEE**, coform căreia o societate avînd naționalitatea unui stat membru poate acorda servicii de asigurare pe întreg teritoriul Comunității, fie în baza libertății de prestarea aserviciilor, fie în temeiul dreptului de stabilire.

Pe măsura dezvoltării Pieței Comune și a extinderii relațiilor comerciale intracomunitare, mediul academic și instituțiile comunitare au demarat un proiect de armonizare a prevederilor legale din diferitele Statele Membre în materia dreptului contractelor. Acest proiect a fost concretizat în anul 1995, odată cu publicarea primului set de Principii ale Dreptului European al Contractelor (**PECL**).

Aflate încă în stadiul de proiect, Principiile Dreptului European al Contractului de Asigurare (**PEICL**), parte componentă a **PECL**, ar urma să fie adoptate ca instrument juridic opțional. Astfel, asiguratul și asigurătorul aflați în State Membre diferite sau în

¹ Vasile Nemeș, Dreptul Asigurărilor, Editura Hamangiu, 2009, pag 39

² Constantinescu Dan Anghel, Conjunctura pieței mondiale a asigurărilor, București, Ed. Națională, 2002, pag.5-7

același Stat Membru ar putea alege **PEICL** ca lege aplicabilă contractului de asigurare, excluzând astfel, în mod automat, aplicarea reglementărilor naționale în materie de asigurări.

Aderarea țării noastre la Uniunea europeană a determinat adaptarea legislației românești în special cea din domeniul asigurărilor; la prevederile comunitare.

La nivelul instituțiilor europene are loc o perfecționare permanentă a cadrului legislativ în materie. În procesul de elaborare a propunerilor legislative Comisia Europeană examinează amănunțit prin intermediul a numeroase comitete și grupuri de lucru, necesitatea adoptării reglementărilor respective, consecințele acestora asupra asigurărilor, asiguraților și pieței în ansamblu, eficiența măsurilor pe care trebuie să le adopte, a avantajelor și dezavantajelor acestora, precum și toate soluțiile, precum și toate soluțiile posibile de atingere a obiectivelor propuse

În ceea ce privește contractele de asigurare obligatorii, luând în considerare caracteristicile lor specifice, acestea ar trebuie să se supună prevederile celei de a doua directive privind asigurările non-viață, **88/357/EEC**, conform căreia, atunci când o țară stabilește obligația încheierii asigurării, contractul acoperă această obligație numai dacă este conformă cu prevederile specifice referitoare la astfel de asigurări stabilite în țara respectivă.

Ordinul 3/2007 care reglementează riscurile situate în statele membre ale Uniunii Europene prevede că în cadrul asigurării obligatorii Legea aplicabilă este legea statului membru care impune obligativitatea asigurării.

Regulamentul nr. 593/2008 adoptat de Parlamentul European pe 17 iunie 2008, a propus o soluție care este în concordanță cu directivele comunitare privind asigurările. Astfel în cazul contractelor de asigurare care acoperă riscuri majore, acestea sunt reglementate de legea aleasă de părți, indiferent dacă riscul asigurat este situat sau nu într-un stat membru. În măsura în care legea aplicabilă nu a fost aleasă de părți, contractele de asigurare sunt reglementate de legea țării în care își are reședința obișnuită asiguratorul.

În doctrina franceză se arată singura ipoteza în care părțile sunt în mod real libere să aleagă legea aplicabilă contractului este în cazul asigurării de “mari riscuri”.

Legea franceză se aplică ori de câte ori asigurarea este obligatorie legii franceze, precum și atunci când riscul cât și domiciliul sau sediul principal al asiguratului este în Franța. Dacă numai una dintre aceste două condiții este îndeplinită, alegerea legii franceze este facultativă. De asemenea nu este obligatorie alegerea legii franceze atunci când asiguratul exercită o activitate comercială în unul sau mai multe state din spațiul economic european, iar contractul de asigurare acoperă riscuri care se pot produce în oricare din aceste state. În astfel de situații se aplică legea oricărui alt stat sau a statului unde își are domiciliul sau reședința asiguratul. Când garantarea riscurilor este limitată la sinistrele care pot surveni într-un alt stat membru, legea acestui stat poate fi aleasă, chiar dacă riscul sau domiciliul asiguratului sunt situate în Franța.¹

Directivele comunitare nu sunt foarte precise în materia legii aplicabile, dispunând că, atunci când alte elemente ale contractului sunt localizate într-un stat membru, legea aleasă nu trebuie să aducă atingere dispozițiilor imperative ale acestui stat, dacă aceste dispoziții imperative ale acestui stat, adică acelor reglementări de la care statul nu permite să se deroge prin contract.

¹ Lambert –Faivre Y, Droit des assurances, Dalloz, Paris,1998

În Franța, apare asigurarea obligatorie în domeniul clădirilor, a locuințelor, având această obligație chiriași, coproprietarii precum și proprietarul.

Cu privire la asigurarea obligatorie a locuințelor, în legislația elvețiană, clădirile sunt obligatoriu asigurate împotriva daunelor provocate de grindină, inundații, uragan, avalanșa, alunecări de teren.

BIBLIOGRAFIE SELECTIVĂ

1. Sferidan Irina, Contractul de asigurare de bunuri, Ed. Lumina Lex, București, 2004
2. Nemeș Vasile, Dreptul Asigurărilor, Editura Hamangiu, 2009
3. Radu N. Catană, Dreptul Asigurărilor, Ed. S.C Editura Sfera S.R.L, Cluj, 2007
4. Titel Negru, Asigurări, Ghid practic, Editura C.H.Beck, București, 2006
5. Cosmin Ilescu, Contractul de asigurare de bunuri în România,
6. Francisc Deak, Tratat de contracte speciale, Ed. Univesul Juridic, 2001
7. Mona Maria Pivniceru, Efectele juridice ale contractelor aleatorii, Editura Hamangiu, 2009
8. Lect.univ.drd. Andy Pușcă, Contractul de asigurare, Academia Română
9. Legea 260/2008 cu privire la Asigurarea obligatorie a locuințelor
10. Lambert –Faivre Y, Droit des assurances, Dalloz, Paris, 1998
11. Constantinescu Dan Anghel, Conjunctura pieței mondiale a asigurărilor, București, Ed. Națională, 2002.

INFRACTIUNE ȘI SECURITATE ÎN DOMENIUL INFORMATIC

Ref. Univ. CAUȚIȘ GEORGE – MARICEL

Ref. Univ. CĂLIN CONSTANTIN

Ref. Univ. NICOLAE ROXANA

Universitatea Româno – Americană

Cuvinte cheie:

Rețele informatice, infractiuni, securitate, cadru juridic, confidentialitate, hackeri, cibernetica, trafic de mesaje

Introducere

Fiecare perioada importanta a fost marcata de catre un eveniment semnificativ pentru acea epoca, incepand de la descoperirea focului si a metalelor si ajungand, in deceniile care au trecut, la descoperirea si perfectionarea sistemului informatic. Fara echivoc se poate afirma ca ultimii 100 de ani vor ramane in istorie drept secolul calculatorului, in care dezvoltarile tehnologice au cunoscut cel mai amplu progres din istorie.

Incepand din 1941 cand Konrad Zuse, un inginer german, considerat drept un pionier in spatiul informatic, a creat Z3 - primul calculator electronic complet automat cu functii programabile bazat pe numere binare -, sistemul informatic a inceput sa devina un dispozitiv indispensabil pentru viata de zi cu zi.

Avantajele pe care calculatorul le-a adus sunt indiscutabile, incepand de la ajutorul cotidian de la locul de munca, ajungand la sistemul medical si terminand cu vastele sisteme informatice care sunt folosite pentru apararea securitatii nationale. Insa, cum fiecarui lucru pozitiv ii corespunde o latura negativa si in domeniul informatic exista aceasta parte antisociala, infractionala, care este cunoscuta la nivel international drept criminalitatea informatica.

Cu toate ca problema criminalitatii informatice, la nivel juridic, a fost ridicata inca din anul 1983, cand Organizatia pentru Cooperare si Dezvoltare a realizat un proiect pentru implementarea in cadrul legislatiilor statelor membre ale Uniunii Europene a unui set de infractiuni informatice, o definitie a criminalitatii informatice unanim acceptata la nivel international nu exista.

Specialistii din domeniu au definit in multe feluri fenomenul, neajungand la un punct comun, din cauza complexitatii acestui act infractional, iar modalitatile diferite de reglementare a criminalitatii informatice din fiecare stat in parte au condus la imposibilitatea crearii unui tipar legal international.

O definitie asupra criminalitatii informatice care mi se pare elocventa este "orice actiune ilegala in care un calculator constituie instrumentul sau obiectul delictului, astfel spus orice infractiune al carei mijloc sau scop este influentarea functiei unui calculator."¹

Numarul cazurilor de infractiuni informatice este in continua crestere. Astfel, in Germania au fost inregistrate, in 1996, 32.128 de astfel de cazuri, in Olanda, in perioada

¹ Maxim, Dobrinoiu, *Infractiuni in domeniul informatic*, Editura C.H. Beck, Bucuresti, 2006, p. 62

1981-1992, au fost intalnite 1.400 de cazuri, iar in Japonia, intre 1971 si 1995, 6.671 de cazuri. S-a estimat ca doar 5% din faptele comise ajung la cunostinta organelor de urmarire penala. Pentru a contracara aceasta lipsa de informatie, s-a recurs la procedeul sondajelor. Ultimul sondaj efectuat de Computer Crime Institute si Federal Bureau of Investigation (FBI) in 2005 indica pierderi de 201.797.340 de dolari in cazul a 538 de intreprinderi si institutii chestionate din SUA. In cursul anului 2003, serviciile specializate din Romania au cercetat doar 200 de infractiuni de natura informatica, din care 50% au fost licitatii electronice frauduloase, 30% erau bunuri comandate on-line fraudulos, 10% au privit accesul neautorizat la sisteme informatice si 10% s-au referit la scrisori nigeriene, transmiterea de virusi, pornografia infantila si folosirea de identitati false.¹

Infractiuni in domeniul informatic reprezinta o incursiune intr-un domeniu foarte complex si foarte greu de perceput, prea putin investigat in doctrina noastra penala datorita tehnicitatii sale si a noutatii pe care o prezinta in peisajul vietii sociale si al constiintei publice, constituindu-se ca un raspuns stiintific temeinic argumentat la numeroasele si complexe probleme aparute in practica.

Prin tema pusa in discutie si modul in care este analizata, studiul de fata este o lucrare de referinta pentru studentii facultatilor de drept, un ghid pentru magistrati si avocati, dar si un instrument util in pregatirea specialistilor din Politie si Parchet implicati in combaterea infractiunilor legate de sistemele informatice."

Infractiuni in domeniul informatic reprezinta o incursiune intr-un domeniu foarte complex si foarte greu de perceput, prea putin investigat in doctrina noastra penala datorita tehnicitatii sale si a noutatii pe care o prezinta in peisajul vietii sociale si al constiintei publice, constituindu-se ca un raspuns stiintific temeinic argumentat la numeroasele si complexe probleme aparute in practica.

Prin tema pusa in discutie si modul in care este analizata, studiul de fata este o lucrare de referinta pentru studentii facultatilor de drept, un ghid pentru magistrati si avocati, dar si un instrument util in pregatirea specialistilor din Politie si Parchet implicati in combaterea infractiunilor legate de sistemele informatice."

Importanta aspectelor de securitate in retelele de calculatoare a crescut odata cu extinderea prelucrarii electronice de date si a transmiterii acestora prin intermediul retelelor. In cazul operarii asupra unor informatii confidentiale, este important ca avantajele de partajare si comunicare aduse de retelele de calculatoare sa fie sustinute de facilitati de securitate substantiale.

Acest aspect este esential in conditiile in care retelele de calculatoare au ajuns sa fie folosite inclusiv pentru realizarea de operatiuni bancare, cumparaturi sau plata unor taxe. In urma implementarii unor mecanisme de securitate intr-o retea de calculatoare, informatiile nu vor putea fi accesate sau interceptate de persoane neautorizate (curioase sau, eventual, chiar rau intentionate) si se va impiedica falsificarea informatiilor transmise sau utilizarea clandestina a anumitor servicii destinate unor categorii specifice de utilizatori ai retelelor.

Persoanele care atenteaza la securitatea retelelor pot apartine unor categorii diverse, comitand delictе mai mult sau mai putin grave: studenti care se amuza incercand sa fure posta electronica a celorlalti, "hacker"-i care testeaza securitatea sistemelor sau urmaresc sa obtina in mod clandestin anumite informatii, angajati care pretind ca au atributii mai largi decat in realitate, accesand servicii care in mod normal le-ar fi interzise,

¹ Criminalitatea informatica – Ministerul Administratiei si internelor, anul IV, nr. 2(25) 2006

sau fosti angajati care urmaresc sa distruga informatii ca o forma de razbunare, oameni de afaceri care incearca sa descopere strategiile adversarilor, persoane care realizeaza fraude financiare (furtul numerelor de identificare a cartilor de credit, transferuri bancare ilegale etc.), spioni militari sau industriali care incearca sa descopere secretele / strategiile adversarilor, sau chiar teroristi care fura secrete strategice.

In conditiile in care pot exista interese atat de numeroase de "spargere" a unei retele, este evident ca proiectantii resurselor hard si soft ale acestora trebuie sa ia masuri de protectie serioase impotriva unor tentative rau intentionate. Metode de protectie care pot stopa "inamici" accidentali se pot dovedi inutile sau cu un impact foarte redus asupra unor adversari redutabili - dedicati si cu posibilitati materiale considerabile.

Problemele de asigurare a securitatii retelelor pot fi grupate in urmatoarele domenii interdependente: confidentialitatea se refera la asigurarea accesului la informatie doar pentru utilizatorii autorizati si impiedicarea accesului pentru persoanele neautorizate; integritatea se refera la asigurarea consistentei informatiilor (in cazul transmiterii unui mesaj prin retea, integritatea se refera la protectia impotriva unor tentative de falsificare a mesajului); autentificarea asigura determinarea identitatii persoanei cu care se comunica (aspect foarte important in cazul schimbului de informatii confidentiale sau al unor mesaje in care identitatea transmitatorului este esentiala); ne-repudierea se refera la asumarea responsabilitatii unor mesaje sau comenzi, la autenticitatea lor.

Acest aspect este foarte important in cazul contractelor realizate intre firme prin intermediul mesajelor electronice: de exemplu, un contract / comanda cu o valoare foarte mare nu trebuie sa poata fi ulterior repudiat(a) de una din parti (s-ar putea sustine, in mod fraudulos, ca intelegerea initiala se referea la o suma mult mai mica).

Aspectele de securitate enumerate anterior se regasesc, intr-o oarecare masura, si in sistemele traditionale de comunicatii: de exemplu, posta trebuie sa asigure integritatea si confidentialitatea scrisorilor pe care le transporta. In cele mai multe situatii, se cere un document original si nu o fotocopie. Acest lucru este evident in serviciile bancare. In mesajele electronice insa, distinctia dintre un original si o copie nu este deloc evidenta.

Procedeele de autentificare sunt foarte raspandite si ele: recunoasterea fetelor, vocilor sau scrisului sau semnaturilor unor persoane pot fi incadrate in aceasta categorie. Semnaturile si sigiliile sunt metode de autentificare folosite extrem de frecvent. Falsurile pot fi detectate de catre experti in grafologie prin analiza scrisului si chiar a hartiei folosite. Evident, aceste metode nu sunt disponibile electronic si trebuie gasite alte solutii valabile¹.

1. Infractioni in domeniul informatic

1.1. ENISA - European Network and Information Security Agency

A fost conceputa pentru a intensifica posibilitatile Uniunii Europene, a Statelor Membre ale Uniunii Europene si ale comunitatii de afaceri, de a preveni, de a gestiona si de a rezolva problemele de securitate a retelelor si a informatiei, cu care se confrunta, conform Rezolutiei Consiliului: "eAction Plan: Information and Network Security", adoptata in data de 31 mai 2001 la Waxholm. Formal, ENISA a luat fiinta in urma adoptarii Regulamentului comun (EC) No.460/2004 al Parlamentului European si al Consiliului Uniunii Europene din data de 10 martie 2004.

¹ Dumitru, Oprea, Protectia si securitatea informatiilor, Editura Polirom, Iasi, 2003, pg.7

Aceasta noua agentie a Uniunii Europene a devenit operationala in luna septembrie 2005, dupa redisolocarea efectuata din Bruxelles in Creta, cat si dupa intrarea in functiune a Staff-ului care a fost recrutat prin concurs tip EU25 dintre candidati provenind din intreaga Europa, constituind o structura creata cu misiunea si scopul de a supraveghea un domeniu foarte specific si important, deopotriiva tehnic, stiintific si managerial, apartinand „domeniului comunitar din cadrul Primului Pilon al Uniunii Europene”, respectiv al Agentiilor Comunitare Europene, Curtea Europeana de Justitie consfintind legalitatea crearii ENISA in data de 2 mai 2006.

Un moment important in activitatea agentiei a avut loc in data de 31 mai 2006 cand, in baza Strategiei Comunicatiilor elaborata de Comisia pentru Securitatea Informatiei, aceasta a avizat cresterea rolului ENISA in domeniul culegerii datelor necesare in vederea gestionarii incidentelor de securitate si masurarii nivelului de confidentialitate realizat fata de consumatorii de pe intreg cuprinsul Europei, dezvoltand un parteneriat de incredere cu Statele membre si reprezentantii acestora, cat si pentru examinarea fezabilitatii unui sistem multilingvistic de alerta si schimb de informatii in domeniul securitatii retelelor si a informatiei (eSECURITY).

Misiunile ENISA trebuie intelese in contextul in care retelele de comunicatii si sistemele informationale reprezinta factori esentiali pentru dezvoltarea societatii si dezvoltarea economica, ceea ce determina ca securizarea acestora sa devina o cerinta majora, din ce in ce mai importanta, chiar indispensabila, pentru a face functionala Economia Digitala, in conditiile in care concomitent, Societatea Informationala devine tot mai indispensabila, penetrand toate structurile vietii, atat cea individuala, cat si a euro-institutiilor, a administratiei publice in Statele Membre ale Uniunii Europene cat si a sectorului de business.

Datorita complexitatii sistemelor informatice, erorilor umane, accidentelor tehnice inerente si atacurilor asupra infrastructurii fizice, cat si datorita multiplicarii numarului breselor de securitate, cu consecinta generarii unor prejudicii financiare substantiale si intruziuni in zonele de stricta confidentialitate, s-au impus in acest domeniu, in scopul intensificarii masurilor de securitate a retelelor si a informatiei, activitati precum „tehnologii noi de securitate”, „managementul procedurilor de securitate”, „campanii largi de informare” si „finantarea unor proiecte de cercetare”.

Complexitatea tehnica deosebit de ridicata a retelelor si a sistemelor informatice, multipla varietate si diversitate a produselor si terminalelor, precum si a serviciilor interconectate, cat si numarul imens de utilizatori si furnizori, atat publici cat si privati, determina o responsabilitate enorma dar si un risc imprevizibil pentru functionarea uniforma a Pietei Interne a U.E., fiind periclitata astfel Societatea Informationala Europeana moderna si afacerile ei.

ENISA a fost creata in scopul asigurarii unui nivel inalt si efectiv al securitatii retelelor si a informatiei in cadrul Comunitatilor, cat si in vederea dezvoltarii unei culturi specifice, in folosul cetatenilor, a consumatorilor, a intreprinderilor si a institutiilor si organizatiilor din sectorul public, din cadrul Uniunii Europene, avand rolul sa asiste Comisia si Statele Membre, sa coopereze cu mediile de afaceri, in scopul indeplinirii standardelor de securitate a retelelor si a informatiei, asigurand de asemenea functionarea uniforma a pietei interne, cat si includerea prevederilor necesare in legislatia actuala si viitoare a UE.

În vederea îndeplinirii atribuțiilor și misiunilor sale, în temeiul art. 4 din Regulamentul ENISA, au fost adoptate o serie de definiții tehnice.

Astfel, "rețea (network)" se referă la sistemele de transmisie și, când este cazul, la echipamentele de rutare sau comutare sau la alte resurse care permit transmiterea semnalelor prin sisteme fir, radio, optice sau alte medii electromagnetice, incluzând rețelele sateliților, rețelele terestre fixe (circuite și pachete comutate, incluzând Internetul) și mobile, sistemele de cabluri electrice, în situația în care acestea sunt utilizate în scopul transmiterii semnalelor, rețelele utilizate pentru difuzarea emisiunilor radio și televizate, cât și rețelele de cablu TV, indiferent de tipul informațiilor transmise prin acestea, pe când "'sistem informațional (information system)" reprezintă rețelele de comunicații electronice și computerizate, cât și datele și informațiile stocate, procesate, primite sau transmise cu ajutorul acestora în scopul funcționării, operării, utilizării, protejării sau întreținerii lor.

"Securitatea rețelelor și a informației (network and information security)" reprezintă capacitatea unei rețele sau a unui sistem informațional de a rezista, la un nivel dat de confidențialitate, intruziunilor accidentale sau nelegale, ori acțiunilor răuvoitoare care pot compromite accesibilitatea, autenticitatea, integritatea și confidențialitatea datelor și informațiilor stocate sau transmise, cât și a serviciilor colaterale oferite de acestea sau accesibile prin intermediul acestor rețele sau sisteme; în condițiile în care "accesibilitatea (availability)" înseamnă ca informațiile sau datele sunt accesibile iar serviciul este operațional, "autentificarea (authentication)" se referă la confirmarea unei identități reale, corecte, certe a unei entități sau a unui utilizator, "integritatea datelor (data integrity)" presupune confirmarea ca datele care au fost transmise, recepționate sau stocate sunt complete și nemodificate iar "confidențialitatea datelor (data confidentiality)" vizează protecția comunicațiilor sau a datelor stocate împotriva interceptărilor și citirii acestora de către persoane neautorizate.

În acest sens, prin noțiunea de "risc (risk)" se înțelege gradul de probabilitate ca o vulnerabilitate a sistemului să afecteze autentificarea sau accesibilitatea, autenticitatea, integritatea sau confidențialitatea datelor sau informațiilor procesate sau transferate, cât și severitatea, gradul sau nivelul acestui efect, consecutiv ori datorat utilizării sau exploatării intenționate sau neintenționate a unei asemenea vulnerabilități, în timp ce "evaluarea riscului (risk assessment)" se referă la un proces bazat pe știință și tehnologie, constând în patru etape și anume identificarea amenințărilor, caracterizarea amenințărilor, expunerea evaluărilor sau analizelor și caracterizarea riscurilor, iar "managementul riscului (risk management)" reprezintă procesul, distinct de cel anterior, de evaluarea riscului, de stabilire și analiză a tacticilor și politicilor alternative în etapa consultărilor cu părțile interesate, în considerarea riscurilor evaluate și a altor factori legitimi, cât și, dacă este necesar, selectarea opțiunilor de prevenire și control.

Se impune cu toată seriozitatea a se da atenția cuvenită noțiunii de "cultura a securității rețelelor și a informației", care are aceeași semnificație cu cea elaborată și evidențiată în documentul intitulat "Liniile directoare ale OECD pentru securitatea sistemelor informatice a rețelelor din 25 Iulie 2002 și Rezoluția Consiliului din 18 Februarie 2003 privind abordarea europeană către o cultură a securității informației și rețelelor, cât și în alte documente asemănătoare.

Pe ordinea de zi figurează subiecte interesante precum descrierea amenințărilor la securitatea parolelor; recomandări privind amenințările dedicate; analiză datelor statistice, demografice și a orientărilor cât și analiză algoritmilor; cyber-bullying-ul; furtul identității

(identity theft), „squatting in-ul” si alte amenintari importante pe social networking sites, la fel ca si divulgarea excesiva a informatiilor private, corelate cu utilizarea inedita a notorietatii si a tehnologiilor si cu managementul identitatii si notorietatii, anonimitatii, conectivitatii si depersonificarii imbinate cu conceptul de publik key infrastructure – PKI; cat si teme legislative – de ex. directivele privind protectia datelor private si personale.

1.2. Cadrul juridic

Legea 8 din 1996 privind drepturile de autor si drepturile conexe (cu modificarile ulterioare);

Ordonanta de Guvern nr. 130 din 2000 privind regimul juridic al contractelor la distanta (cu modificarile ulterioare);

Legea nr.455 din 2001 privind semnatura electronica;

Legea nr.677 din 2001 pentru protectia persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal si libera circulatie a acestor date;

Legea nr.365 din 7 iunie 2002 privind comertul electronic (infractiunile prevazute de art.24-28);

Hotararea de Guvern nr.1308 din 2002 privind aprobarea normelor metodologice pentru aplicarea Legii nr.365 din 2002;

Legea nr.39 din 21 ianuarie 2003 privind prevenirea si combaterea criminalitatii organizate (infractiunile din lege raportate la art.2 lit.b pct. 5, 8, 18);

Legea nr.161 din 19 aprilie 2003 privind unele masuri pentru asigurarea transparentei in exercitarea demnitatilor publice, a functiilor publice si in mediul de afaceri, prevenirea si sanctionarea coruptiei (infractiunile prevazute de art.42-51);

Legea nr.64 din 2004 pentru ratificarea Conventiei Consiliului Europei asupra criminalitatii informatice.

Dintre toate dispozitiile legale in materie, actul cu cea mai mare insemnatate, atat din punct de vedere juridic, cat si din punct de vedere practic, este Legea nr.161 din 2003 care in Titlul III “Prevenirea si combaterea criminalitatii informatice” cuprinde un set de 7 infractiuni care sunt in concordanta cu Conventia Consiliului Europei asupra criminalitatii informatice.

Aplicarea in practica a dispozitiilor legale referitoare la criminalitatea informatica a iscat mai multe controverse atat la nivel international cat si la nivel national. Majoritatea tarilor s-au rezumat doar la consacrarea legislativa a infractiunilor informatice, neexistand si norme metodologice care sa vina in ajutorul organelor juridice, fapt ce a generat o jurisprudenta inconstanta la nivel national.

De lege ferenda, ar fi benefic pentru intreg procesul penal ca legiuitorul roman sa conceapa o noua lege cu privire la infractiunile informatice care sa cuprinda un capitol distinct privind normele metodologice.

1.3. Aspecte teoretice si procedurale premergatoare inceperii urmarii penale

Pentru descoperirea infractiunilor, indentificarea si prinderea faptuitorilor, pentru strangerea si administrarea probelor si pentru trimirea in judecata, organele abilitate de lege trebuie sa actioneze intr-un cadru legal care poarta denumirea de proces penal.

Procesul penal a fost definit drept activitatea reglementata de lege, desfasurata de organele competente, cu participarea partilor si a altor persoane, in scopul constatarii la timp si in mod complet a faptelor ce constituie infractiuni, astfel ca orice persoana care a

savarsit o infractiune sa fie pedepsita potrivit vinovatiei sale si nici o persoana nevinovata sa nu fie trasa la raspundere penala¹.

In acceptiunea sa corecta, procesul penal nu trebuie confundat cu judecata, aceasta fiind doar una dintre cele trei faze ale procesului penal. Procesul penal este alcatuit din: urmarirea penala, judecata si punerea in executare a hotararilor penale. Fiecare dintre aceste faze este guvernata de principii si reguli proprii care se regasesc in dispozitiile Codului de procedura penala.

In conformitate cu dispozitiile art. 200 C.p.p. obiectul urmaririi penale consta in stabilirea existentei unei infractiuni, identificarea faptuitorului si tragerea la raspundere penala a acestuia, daca este cazul.

Art.201 C.p.p. defineste persoanele care vor efectua acte de urmarire penala, acestea fiind procurorul si organele de cercetare penala. Alin.(2) al aceluiasi articol defineste organele de cercetare penala ca fiind :

- organe de cercetare ale politiei judiciare;
- organe de cercetare speciale.

Prin O.U.G. nr.60 din 2006 s-a schimbat sensul notiunii de organe de cercetare ale politiei judiciare, prin noua acceptiune intelegandu-se ca in cadrul organelor de cercetare ale politiei judiciare functioneaza lucratori specializati din Ministerul Administratiei si Internelor, desemnati nominal de catre ministrul administratiei si internelor, cu avizul conform al procurorului general al Parchetului de pe langa inalta Curte de Casatie si Justitie, si isi desfasoara activitatea sub autoritatea procurorului general al Parchetului de pe langa inalta Curte de Casatie si Justitie.

Pentru a se stabili ce sarcini revin fiecarui organ in parte, Codul de Procedura Penala reglementeaza in Titlul II Competenta.

Dintre organele de cercetare penala, organele de cercetare penala ale politiei judiciare ocupa un loc important, deoarece ele pot efectua orice act de cercetare pentru orice infractiune care nu este data in baza legii in competenta altor organe de cercetare. in literatura de specialitate s-a subliniat faptul ca organele de cercetare ale politiei judiciare au competenta materiala generala².

Pentru stabilirea competentei teritoriale a organelor de cercetare penala ale politiei judiciare legiuitorul a creat o serie de criterii care au fost enumerate in art.30 C.p.p., acestea fiind:

- locul unde a fost savarsita infractiunea;
- locul unde a fost prins faptuitorul;
- locul unde locuieste faptuitorul;
- locul unde locuieste persoana vatamata.

In cazul in care nici unul dintre locurile mentionate anterior nu este cunoscut, va fi competent sa investigheze cauza organul de cercetare penala a politiei judiciare care a fost sesizat primul (art.45 alin.(2) C.p.p.).

Conform art.209 C.p.p. alin.(1) si (2), in faza urmarii penale procurorul supravegheaza activitatea organelor de cercetare penala, acesta conducand si controland nemijlocit

¹ Neagu, Ion, *Drept procesual penal. Partea generala. Tratat*, Editura Global Lex, Bucuresti, 2006, p. 25

² Volonciu, N., *Drept procesual penal*, Editura Didactica si pedagogica, Bucuresti, 1972, p. 250

activitatea de cercetare penala si poate sa efectueze orice acte de urmarire penala in cauzele pe care le supravegheaza.

Din art.5 a Legii nr.508 din 2004 privind infiintarea, organizarea si functionarea in cadrul Ministerului Public a Directiei de Investigare a Infractiunilor de Criminalitate Organizata si Terorism, coroborat cu art.55, 56 si 57 din Legea nr.161 din 2003 privind unele masuri pentru asigurarea transparentei in exercitarea demnitatilor publice, a functiilor publice si in mediul de afaceri, prevenirea si sanctionarea coruptiei, din Legea nr.218 din 2002 privind organizarea si functionarea Politiei Romane si din dispozitiile Codului de procedura penala rezulta ca efectuarea actelor de urmarire penala pentru infractiunile de criminalitate informatica se face obligatoriu de catre procurorii DIICOT (Directia de Investigare a Infractiunilor de Criminalitate Organizata si Terorism) si cu ajutorul organelor speciale de cercetare ale directiei generale de politie a municipiului Bucuresti, departamentul DGCCOA (Directia Generala de Combatere a Crimei Organizate si Antidrog), respectiv, ale inspectoratelor judetene de politie pentru fiecare judet in parte, organe care au fost investite de catre procurorul de caz.

Din punct de vedere criminologic, criminalitatea (deci si criminalitatea informatica) este alcatuita din:

- criminalitatea reala (toate faptele penale savarsite intr-un spatiu determinat si intr-o anume perioada de timp);
- criminalitatea aparenta (numarul total de infractiuni inregistrate de organele abilitate);
- criminalitatea legala (totalitatea infractiunilor aduse in fata organelor de judecata pentru care s-au pronuntat hotarari definitive).

Cifra neagra pentru spatiul cibernetic reprezinta diferenta dintre criminalitatea informatica reala si criminalitatea aparenta, insemnand totalitatea faptelor antisociale reglementate de lege care nu sunt aduse la cunostinta organelor legale.

- in anul 2003, se estima ca cifra neagra a criminalitatii informatice era in jurul procentului de 90%¹;
- in continuare voi analiza dispozitiile procedural penale numai pentru infractiunile informatice.

Pentru inceperea uramarilor penale este necesar ca autoritatile sa cunoasca faptul ca s-a savarsit o infractiune.

Modalitatile de sesizare a organelor de urmarire penala sunt expres si delimitativ prevazute in Codul de procedura penala in art.221 alin.(1). in conformitate cu acest articol, autoritatile pot fi sesizate prin plangere sau denunt, modalitati cunoscute in doctrina drept mijloace externe de sesizare. Organul de urmarire penala se poate sesiza si din oficiu, situatie in care incheie un proces-verbal, metoda cunoscuta drept modalitate interna de sesizare.

Intre aceste trei modalitati de sesizare nu exista nici un raport de subordonare, fiecare avand aceasi valoare juridica. in situatia in care organele de urmarire penala sunt incunostintate prin doua mijloace de sesizare, se vor analiza ambele surse.

Conform art.222 alin.(1) C.p.p. plangerea este "incunostintarea facuta de catre o persoana fizica sau de o persoana juridica, referitoare la o vatamare ce i s-a cauzat prin

¹ Amza, Tudor, Amza, Cosmin-Petronel, *Criminalitatea informatica*, Editura Lumina Lex, Bucuresti, 2003, p. 13

infracțiune”. Alin.(2) - (6) ale aceluiași articol cuprind dispoziții cu privire la cuprinsul și la persoanele care pot face o plângere în nume propriu sau în numele altuia, în baza unei dispoziții legale. Art.7 face referire la situația în care plângerea este depusă la organul de urmărire penală incompetent, situație în care plângerea se trimite, din oficiu, către organul competent.

Denunțul este “încunostințarea făcută de către o persoană fizică sau de către o persoană juridică despre săvârșirea unei infracțiuni” (art.223 C.p.p. alin.(1)).

Plângerea sau denunțul făcute oral se consemnează într-un proces verbal de către organul în fața căruia au fost făcute.

Dacă prin săvârșirea infracțiunii s-a produs o pagubă uneia din unitățile la care se referă art.145 C.pen., atunci actul de sesizare (plângerea sau denunțul) trebuie să cuprindă și acte care dovedesc existența și întinderea prejudiciului cauzat.

Organul de urmărire penală poate constata și în mod direct sau prin intermediul altor mijloace (de ex. din mass-media) săvârșirea unei infracțiuni, situație în care organele se sesizează din oficiu.

Dacă actele de sesizare au fost făcute în concordanță cu litera legii, organelor le incumbă obligația începerii urmăririi penale.

Potrivit art.224, în situația în care există indicii temeinice despre săvârșirea unei infracțiuni, organele de urmărire penală pot efectua acte premergătoare în vederea începerii urmăririi penale. În situații speciale, expres reglementate de lege, pot efectua acte premergătoare și agenții operativi ai Ministerului Administrației și Internelor, precum și alți agenți ai altor instituții cu atribuții în domeniul siguranței naționale.

În doctrină există numeroase controverse cu privire la institutia actelor premergătoare, întrucât legea nu definește, în concret, aria actelor procedurale care pot fi efectuate, ele având menirea de a ajuta organele de cercetare penală în completarea informațiilor pe care le dețin, sau pot contribui la verificarea informațiilor pentru stabilirea existenței unei activități infracționale.

În faza actelor premergătoare se pot efectua diverse activități (de ex. verificări, audieri de persoane etc.), dar nu se pot dispune măsuri care ar presupune calitatea de învinuit sau inculpat a persoanei împotriva căreia se desfășoară, întrucât o asemenea calitate implică începerea urmăririi penale.

Precizez că efectuarea actelor premergătoare nu este obligatorie în fiecare caz în parte, însă pot exista situații în care pentru buna desfășurare a procesului penal cu privire la instrumentarea unui caz de criminalitate informatică ar fi necesară efectuarea de asemenea acte.

1.4. Proba violului electronic

Potrivit statisticilor, cele mai multe accesări neautorizate ale unor conturi de e-mail se fac de către persoane care au aflat parola contului, direct sau indirect, chiar de la proprietarul acestuia. Textul de atenționare are, în același timp, și o altă valoare: unii furnizori de e-mail declară că nu e treaba lor să ancheteze astfel de cazuri. În situația în care utilizatorul reclamează la furnizorul serviciului de e-mail faptul că s-a produs o accesare neautorizată a contului său, va primi un răspuns clasic deja: „Probabil că ați dezvăluit parola contului. Din păcate, nu putem face nimic să vă ajutăm“.

Ce rămâne de făcut în fața unui astfel de răspuns? Fapta în sine - accesarea neautorizată de către un hacker - se probează foarte greu. Nu există un program-minune

care da acces direct si imediat la un cont de e-mail. Cu ani in urma, se folosea metoda „forte brute“ - se încercau miliarde de parole, pana cand se gasea cea potrivita. Acum majoritatea furnizorilor de servicii de e-mail au implementat solutii de securitate, care blocheaza accesul la contul respectiv in momentul in care se introduce o parola gresita de mai multe ori la rand.

Exista insa si situatii in care accesul neautoizitat la un cont de e-mail poate fi dovedit relativ simplu. Daca s-a folosit o metoda care „lasa urme“ si daca acestea nu au fost sterse de atacator, ar trebui sa poata fi prelevate prin intermediul rapoartelor de trafic inregistrate de serverul de e-mail. Se poate afla, spre exemplu, adresa IP a computerului de la care s-a realizat accesul, urmand ca ulterior, pe baza unui mandat emis de autoritatile competente, sa se identifice cat mai exact computerul-suport al infractiunii. In cazul fericit in care computerul este al unui utilizator casnic, lucrurile pot evolua, in sensul identificarii faptuitorului. Aceste situatii sunt insa extrem de rare. De regula, avem de-a face cu atacuri puse la cale din cafenele-internet (hackeri amatori) sau cu atacuri realizate prin intermediul unor computere-zombie, controlate de la distanta.

Autoritatile si furnizorii nu coopereaza, politistii se urnesc greu cand vine vorba de infractiuni de tipul violarii secretului corespondentei electronice. Pe de o parte, este foarte adevarat ca multe persoane striga mai intai „Hotul!“ si ulterior isi aduc aminte ca au dezvaluit chiar ele parole de acces. Pe de alta parte, sunt dese situatiile in care primul politist pe care partea vatamata il întâlnește pur si simplu nu intelege cum vine treaba cu infractiunea reclamata.

In situatia conturilor gratuite de e-mail, gazduite de obicei pe servere celebre din strainatate (Gmail.com, Yahoo.com etc.), lucrurile se complica si mai tare. In aceste cazuri, problemele abunda atunci cand este nevoie sa se dovedeasca accesul neautorizat. Utilizatorul trebuie sa-si probeze, in primul rand, calitatea de „proprietar“ al contului. In anticiparea acestui moment, este util (desi nu suficient intotdeauna) a fi completate toate campurile formularului de inregistrare (adresa alternativa de e-mail, intrebarea secreta, raspunsul secret etc.). In unele cazuri, faptul ca utilizatorul stie ce informatii a completat la Inregistrare este echivalent cu recunoasterea calitatii sale de „proprietar“ al contului.

O problema cu mult mai grava este nepasarea marilor servicii de furnizare de e-mail. Este notorie lipsa de cooperare dintre furnizori si autoritatile care ancheteaza cazurile de acces neautorizat.

Conform statisticii, cel mai adesea se incerca accesarea contului de e-mail al sotului/sotiei. Chiar daca tentativa reuseste si se constata infidelitatea, un e-mail si mai ales unul obtinut pe cai ilicite (violarea secretului corespondentei) nu este acceptat ca proba in instanta.

Cam la fel stau lucrurile in cazul angajatorilor tentati sa citeasca e-mail-urile salariatilor, din dorinta de a evita scurgerile de informatii. Chiar daca ar avea cunostinta de fapte reprobabile ale angajatilor in urma citirii mesajelor acestora, patronii ar fi neputinciosi in fata unui judecator.

In Codul Penal se precizeaza clar la articolul 195: „Deschiderea unei corespondente adresate altuia ori interceptarea unei convorbiri sau comunicari efectuate prin telefon, telegraf sau prin alte mijloace de transmitere la distanta, fara drept, se pedepseste cu închisoare de la 6 luni la 3 ani“. Legea nr. 161 din 2003, în capitolul III, dedicat prevenirii si combaterii criminalitatii informatice, sanctioneaza, de asemenea, „interceptarea, fara drept, a unei transmisii de date informatice care nu este publica si care este destinata unui

sistem informatic, provine dintr-un asemenea sistem sau se efectueaza în cadrul unui sistem informatic“. Fapta sus-mentionata constituie infractiune si se pedepseste cu închisoare de la 2 la 7 ani.

Unii angajatori romani aplica modelul american, prevazand in regulamente de ordine interioara obligatia salariatilor de a accepta scanarea e-mail-urilor personale. O astfel de practica este la limita legalitatii si nu garanteaza succesul in cazul unui proces. Ar fi chiar indicat ca angajatorul sa gaseasca o alta cale pentru a se debarasa de salariatul prins in offside: fie prin demitere cu o motivatie legala, fie convingandu-l sa demisioneze.

1.5. Infractiunea de interceptare ilegala a unei transmisii de date informatice

In prezent, legislatia penala romana traverseaza o perioada de tranzitie. In ceea ce priveste criminalitatea informatica, in noul Cod Penal, intrat in vigoare in septembrie 2006, a fost introdus un titlu distinct, Titlul X, denumit „Delicte contra datelor si sistemelor informatice”, in care sunt preluate, cu unele modificari, infractiunile din Legea 161/2003. Intrucat noile prevederi sunt mai cuprinzatoare si respecta dispozitiile Conventiei Europene asupra Criminalitatii Informatice din 2001, ratificata de tara noastra.

In cuprinsul Legii nr. 161/2003 privind unele masuri pentru asigurarea transparenței si exercitarea demnitatilor publice, a functiilor publice si mediul de afaceri, prevenirea si sanctionarea coruptiei, găsim definite trei categorii de infractiuni, astfel:

- a) infractiuni contra confidentialitatii si integritatii datelor si sistemelor informatice:
 - infractiunea de acces ilegal la un sistem informatic;
 - infractiunea de interceptare ilegala a unei transmisii de date informatice;
 - infractiunea de alterare a integritatii datelor informatice;
 - infractiunea de perturbare a functionarii sistemelor informatice;
 - infractiunea de a realiza operatiuni ilegale cu dispozitive sau programe informatice.
- b) infractiuni informatice:
 - infractiunea de fals informatic;
 - infractiunea de fraudă informatica.
- c) pornografia infantila prin intermediul sistemelor informatice.

Potrivit art.43 alin. 1) din Legea nr.161/2003 constituie infractiune „interceptarea, fara drept, a unei transmisii de date informatice care nu este publica si care este destinata unui sistem informatic, provine dintr-un asemenea sistem sau se efectueaza in cadrul unui sistem informatic”.

Constituie o modalitate asimilata infractiunii, potrivit alin. 2), „interceptarea, fara drept, a unei emisii electromagnetice provenita dintr-un sistem informatic ce contine date informatice care nu sunt publice”.

Guvernul este foarte interesat sa urmareasca traseele online ale infractorilor sau suspectilor in numele conceptului de combatere a criminalitatii organizate, antidrog sau siguranta nationala. Crackerii (hackerii malitiosi) doresc să fure identitatea victimelor, sa le vandalizeze datele ori sa le stanjeneasca trimitand in numele lor mesaje nepotrivite diferitelor persoane.

Interceptarea pachetelor reprezinta una dintre infractiunile cele mai dificil de realizat, si este, de asemenea, o amenintare serioasa la adresa comunicatiilor prin Internet. Fiecare pachet trimis prin Internet poate tranzita un numar mare de calculatoare si retele inainte de a ajunge la destinatie. Prin intermediul unui interceptor de pachete, hackerii pot intercepta pachetele de date (inclusiv cele cu mesaje de login, transmisii ale identificatorilor numerici

ai cartilor de credit, pachete email etc.) care calatoresc intre diferite locatii din Internet. Dupa ce intercepteaza un pachet, hackerul il poate deschide si poate fura numele host-ului, al utilizatorului, precum si parola asociata pachetului. Hackerii folosesc unul dintre cele mai comune tipuri de interceptari de pachete inaintea unor atacuri IP. Expertii in materie de securitate denumesc deseori interceptarea pachetelor ca „spionaj in retea” (network snooping) sau „supraveghere ascunsa” (promiscuous monitoring).

Pentru a preveni atacurile prin interceptare asupra retelelor distribuite, administratorii de sistem folosesc in general scheme de identificare, cum ar fi un sistem cu parola unica (one-time password systems) sau un sistem de autentificare prin tichete (cum este Kerberos). Administratorii pot folosi o varietate de sisteme cu parola unica. De exemplu, unele sisteme de acest gen furnizeaza unui utilizator urmatoarea parola de intrare de fiecare data cand utilizatorul iese din sistem. Desi atat sistemele cu parola unica, cat si sistemele Kerberos pot ingreuna sensibil interceptarea unei retele nesecurizate pentru orice hacker, ambele metode sunt expuse la atacuri active daca nu cripteaza si nu semneaza fluxul de date.

În general, un dispozitiv sau calculator intrus se poate plasa in orice punct al unui sistem informatic sau al unei retele de calculatoare, avand ca obiectiv interceptarea traficului de mesaje.

Atacurile care pot fi executate sunt de doua feluri¹:

- atacuri pasive, in cadrul carora intrusul „observa” informatia care trece prin canal, fara sa interfereze cu fluxul sau continutul mesajelor;
- atacuri active, in care intrusul se angajeaza fie in furtul mesajelor, fie in modificarea, reluarea sau inserarea de mesaje false etc.

2. Concluzii

Aparitia in spatiul penal roman a incriminarii infractiunilor cibernetice a reprezentat un pas important, insa legiuitorul roman nu trebuie sa se limiteze la o traducere, nici aceea exacta, a dispozitiilor inscise in Conventia Consiliului Europei asupra Criminalitatii Informatice din 2001, ci trebuie sa alinieze intreg domeniul penal, atat cel substantial cat si cel procesual, la necesitatile actuale.

Pornind de la realitatile cotidiene si de la faptul ca sistemul informatic a devenit o parte componenta a aproape fiecarui domeniu vital (economic, social etc.), asa cum se sublinia si in "Infractiuni in domeniul informatic"² este necesar reglementarea unei noi activitati infractionale – terorismul informatic. Este usor de imaginat ce stare de pericol se poate crea, daca se actioneaza, cu rea-intentie, asupra sistemelor informatice ale Aeroportului Henri Coanda.

De lege ferenda ar fi benefic pentru dreptul procesual penal crearea unor dispozitii specifice, altele decat cele inscise in art.54 – 59 din Legea 161 din 2003 care sa confere autoritatilor mijloacele necesare instrumentarii cauzelor de infractiuni informatice.

¹ V.V. Patriciu, *Criptografia si securitatea retelelor de calculatoare*, Editura Tehnica, Bucuresti, 1994, p. 22.

² Maxim Dobrinoiu – *Infractiuni in domeniul informatic*, Ed. C.H. Beck, Bucuresti, 2006, pg.378

BIBLIOGRAFIE

1. Legi si Conventii:

Legea nr.161 din 2003 privind unele masuri pentru asigurarea transparentei in exercitarea demnitatilor publice, a functiilor publice si in mediul de afaceri, prevenirea si sanctionarea coruptiei

Conventiei Consiliului Europei privind criminalitatea informatica, adoptata la Budapesta la 23 noiembrie 2001

Legea nr.508 din 2004 privind infiintarea, organizarea si functionarea in cadrul Ministerului Public a Directiei de Investigare a Infractiunilor de Criminalitate Organizata si Terorism

Legea nr.218 din 2002 privind organizarea si functionarea Politiei Romane

Codul de procedura penala cu modificarile la zi (actualizat 15 septembrie 2006), Ed. Hamangiu, Bucuresti, 2006

2. Tratatate :

N. Volonciu – Drept procesual penal, Ed. Didactica si pedagogica, Bucuresti, 1972

Ion Neagu – Drept procesul penal. Partea generala.Tratat, Ed. Global Lex, Bucuresti, 2006

Emilian Stancu – Tratat de criminalistica. Editia a III-a revazuta si adaugita, Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2004

3. Alte publicatii:

Maxim Dobrinioiu – Infractiuni in domeniul informatic, Ed. C.H. Beck , Bucuresti 2006

Ministerul Administratiei si Internelor – Criminalitatea informatica, anul IV, nr.2(25) 2006

Ministerul Comunicatiilor si Tehnologiei informatiei – Ghid introductiv pentru aplicarea dispozitiilor legale referitoare la criminalitatea informatica, Bucuresti, 2004

Oprea Dumitru – Protectia si securitatea informatiilor, Editura Polirom, Iasi, 2003

Tudor Amza, Cosmin-Petronel Amza – Criminalitatea informatica, Ed. Lumina Lex, Bucuresti, 2003

Cheswick W.R., Bellovin S.M. Firewalls and Internet Security: Repelling the Wily Hacker. - Addison-Wesley, 1994. - 275 c.

An Introduction to Computer Security: The NIST Handbook. Draft. - National Institute of Standards and Technology, Technology Administration, U.S. Department of Commerce, 1994. - 310 c.

4. Adrese internet :

<http://www.legi-internet.ro>

<http://www.cdep.ro>

<http://www.mai.gov.ro>

LEGEA DREPTULUI DE AUTOR

LADO ADRIAN
MORARU MIHAI

Universitatea Romano - Americana

1. CUVINTE CHEIE

Drept de autor, subiectul dreptului de autor, obiectul dreptului de autor, contract de cesiune, contract de închiriere, durată, limite, sancțiuni, opere de artă, programe de calculator, drepturi conexe și sui-generis, protecția dreptului de autor.

2. CE ESTE DREPTUL DE AUTOR?

Organizația Mondială a Proprietății Intelectuale definește *proprietatea intelectuală* drept „orice creație a minții umane”.

Opera de creație originală, exprimată într-o formă concretă, susceptibilă de a fi percepută, reprezintă obiect al proprietății intelectuale din momentul elaborării ei.

Drepturile de autor garantează recunoașterea și protejarea proprietății intelectuale în condițiile **Legii nr. 8/1996** privind dreptul de autor și drepturile conexe, cu modificările și completările ulterioare.

Legea 285/2004 prevede:

„Art. 1. - (1) Dreptul de autor asupra unei opere literare, artistice sau științifice, precum și asupra altor opere de creație intelectuală este recunoscut și garantat în condițiile prezentei legi. Acest drept este legat de persoana autorului și comportă atribute de ordin moral și patrimonial.

(2) Opera de creație intelectuală este recunoscută și protejată, independent de aducerea la cunoștința publică, prin simplul fapt al realizării ei, chiar în formă nefinalizată.”

3. SUBIECTUL DREPTULUI DE AUTOR

Este autor persoana fizică sau persoanele fizice care au creat opera. În cazurile expres prevăzute de lege, pot beneficia de protecția acordată autorului persoanele juridice și persoanele fizice altele decât autorul.

Calitatea de subiect al dreptului de autor se poate transmite în condițiile legii. Se prezumă a fi autor, până la proba contrară, persoana sub numele căreia opera a fost adusă pentru prima dată la cunoștința publică.

Când opera a fost adusă la cunoștința publică sub formă anonimă sau sub un pseudonim care nu permite identificarea autorului, dreptul de autor se exercita de către persoana fizică sau juridică ce o face publică numai cu consimțământul autorului, atât timp cât acesta nu-și dezvăluie identitatea.

Este operă comună opera creată de mai mulți coautori, în colaborare. Dreptul de autor asupra operei comune aparține coautorilor acesteia, între care unul poate fi autorul principal, în condițiile prezentei legi. În lipsa unei convenții contrare, coautorii nu pot

utiliza opera decât de comun acord. Refuzul consimțământului din partea oricăruia dintre coautori trebuie să fie temeinic justificat. În cazul în care contribuția fiecărui coautor este distinctă, aceasta poate fi utilizată separat, cu condiția să nu se prejudicieze utilizarea operei comune sau drepturile celorlalți coautori.

În cazul utilizării operei create în colaborare, remunerația se cuvine coautorilor în proporțiile pe care aceștia le-au convenit. În lipsa unei convenții, remunerația se împarte proporțional cu părțile de contribuție ale autorilor sau în mod egal, dacă acestea nu se pot stabili.

Este operă colectivă opera în care contribuțiile personale ale coautorilor formează un tot, fără a fi posibil, data fiind natura operei, sa se atribuie un drept distinct vreunui dintre coautori asupra ansamblului operei create.

În lipsa unei convenții contrare, dreptul de autor asupra operei colective aparține persoanei fizice sau juridice din inițiativa, sub responsabilitatea și sub numele căreia a fost creată.

Prin reproducere, în sensul prezentei legi, se înțelege realizarea integrală sau parțială a uneia ori a mai multor copii ale unei opere, direct sau indirect, temporar ori permanent, prin orice mijloc și sub orice formă, inclusiv realizarea oricărei înregistrări sonore sau audiovizuale a unei opere, precum și stocarea permanentă ori temporară a acesteia cu mijloace electronice.

Prin distribuire, în sensul prezentei legi, se înțelege vânzarea sau orice alt mod de transmitere, cu titlu oneros ori gratuit, a originalului sau a copiilor unei opere, precum și oferirea publică a acestora. Dreptul de distribuire se epuizează o dată cu prima vânzare sau cu primul transfer de drept de proprietate asupra originalului ori a copiilor unei opere, pe piața internă, de către titularul de drept.

4. OBIECTUL DREPTULUI DE AUTOR

Obiectul dreptului de autor îl pot constitui:

- operele originale de creație intelectuală din domeniul literar, artistic sau științific, oricare ar fi modalitatea de creație, modul sau forma de exprimare și independent de valoarea și destinația lor;

- operele derivate care au fost create plecând de la una sau mai multe opere preexistente.

Legea prevede în mod expres faptul că nu pot beneficia de protecția legală a drepturilor de autor următoarele:

- ideile, teoriile, conceptele, descoperirile științifice, procedeele, metodele de funcționare sau conceptele matematice ca atare și invențiile conținute într-o operă, oricare ar fi modul de preluare, de scriere, de explicare și de exprimare;

- textele oficiale de natură politică, legislativă, administrativă, judiciară și traducерile oficiale ale acestora;

- simbolurile oficiale ale statului, ale autorităților publice și ale organizațiilor, cum ar fi stema, sigiliul, drapelul, emblema, blazonul, insigna, ecusonul și medalia;

- mijloacele de plată;

- știrile și informațiile de presă;

- simplele fapte și date.

5. CONȚINUTUL DREPTULUI DE AUTOR

Conținutul dreptului de autor implică atât existența unor drepturi morale, cât și existența unui ansamblu de drepturi patrimoniale de autor.

Drepturile morale ale autorului unei opere constau în:

- a) dreptul de a decide dacă, în ce mod și când va fi adusă opera la cunoștința publică;
- b) dreptul de a pretinde recunoașterea calității de autor al operei;
- c) dreptul de a decide sub ce nume va fi adusă opera la cunoștința publică;
- d) dreptul de pretinde respectarea integrității operei și de a se opune oricărei modificări, precum și oricărei atingeri aduse operei, dacă prejudiciază onoarea sau reputația sa;
- e) dreptul de a retracta opera, despăgubind, dacă este cazul, pe titularii drepturilor de utilizare prejudiciate prin exercitarea retractării. În ceea ce privește drepturile patrimoniale, autorul unei opere are dreptul patrimonial exclusiv de a decide dacă, în ce mod și când va fi utilizată opera sa, inclusiv de a consimți utilizarea operei de către alții.

Utilizarea unei opere dă naștere la drepturi patrimoniale, distincte și exclusive ale autorului de a autoriza sau de a interzice:

- a) reproducerea operei;
- b) distribuirea operei;
- c) importul în vederea comercializării pe piața internă a copiilor, inclusiv prin punerea operei la dispoziția publicului astfel încât să poată fi accesată în orice loc și în orice moment ales, în mod individual, de către public;
- d) închirierea operei;
- e) împrumutul operei;
- f) comunicarea publică, direct sau indirect a operei, prin orice mijloace, inclusiv prin punerea operei la dispoziția publicului, astfel încât să poată fi accesată în orice loc și în orice moment ales, în mod individual, de către public;
- g) radiodifuziunea operei;
- h) retransmiterea prin cablu a operei;
- i) realizarea de opere derivate.

6. CONTRACTE

6.1. *Contractul de cesiune*

Potrivit dispozițiilor Legii nr. 8/1996, privind dreptul de autor și drepturile conexe, autorul sau titularul dreptului de autor poate ceda prin contract altor persoane numai drepturile sale patrimoniale. Contractul de cesiune a drepturilor patrimoniale de autor este contractul prin care autorul transmite drepturile sale patrimoniale, integral sau parțial celeilalte părți, denumită cesionar, care se obligă în schimb a plăti autorului cedent prețul acestei cesiuni. Aceasta cesiune poate fi limitată la anumite drepturi, pentru un anumit teritoriu și pentru o anumită durată. Cesiunea poate fi exclusivă sau neexclusivă. În cadrul cesiunii exclusive, titularul dreptului de autor nu mai poate utiliza opera în modalitățile, pe termenul și pentru teritoriul convenite cu cesionarul și nici nu mai poate transmite dreptul respective unei alte persoane. În cadrul cesiunii neexclusive, titularul dreptului de autor poate utiliza el însuși opera și poate transmite dreptul neexclusiv și altor persoane.

6.2. Contractul de editare

Contractul de editare este contractul prin care titularul dreptului de autor cedează editorului, în schimbul unei remunerații, dreptul de a reproduce și de a distribui opera. Contractul de editare poate fi cedat de către editor numai cu consimțământul autorului, cesiunea către editor a dreptului de a autoriza alte persoane să adapteze opera sau să o folosească în orice mod trebuind să facă obiectul unui contract distinct. În contract trebuie specificat nu numai dreptul pentru care contractul de editare produce efecte, ci și termenul pentru publicarea operei. Dacă termenul pentru publicarea operei nu este prevăzut în contract, editorul este obligat să o publice în termen de cel mult un an de la data acceptării acesteia.

6.3. Contractul de reprezentare teatrală sau de execuție muzicală

Prin contractul de reprezentare teatrală sau de execuție muzicală, titularul dreptului de autor cedează unei persoane fizice sau juridice dreptul de a reprezenta sau de a executa în public o opera actuală sau viitoare, literară, dramatică, muzicală, dramatico-muzicală, coregrafică sau o pantomimă în schimbul unei remunerații, iar cesionarul se obliga să o reprezinte ori să o execute în condițiile convenite. Contractul de reprezentare teatrală sau de execuție muzicală poate fi încheiat direct, în nume propriu de către titularul dreptului de autor, dar poate fi încheiat și prin intermediul organismelor de gestiune colectivă. Contractul se poate încheia fie pentru o perioadă determinată de timp, fie pentru un număr determinat de comunicări publice. Beneficiarul unui contract de reprezentare teatrală sau execuție muzicală nu îl poate ceda unui terț organizator de spectacole fără consimțământul scris al autorului sau al reprezentantului său, în afara de cazul cesiunii concomitente, totale sau parțiale a acestei activități.

6.4. Contractul de închiriere a unei opere

Prin contractul de închiriere a unei opere autorul se angajează să permită utilizarea pe timp determinat cel puțin a unui exemplar al operei sale, în original sau în copie, în special programe pentru calculator ori opere fixate în înregistrări sonore sau audiovizuale. Contractul de închiriere a unei opere este supus dispozițiilor de drept comun privind contractul de locațiune, specific acestuia fiind doar obiectul închiriat, deci lucrul închiriat care este un bun mobil ce face obiectul dreptului de autor. Chiria se fixează în raport cu valoarea bunului închiriat și durata contractului și trebuie plătită la termenele stipulate, de regulă în mod succesiv. Chiria trebuie să fie determinată în momentul încheierii contractului sau determinabilă. Autorul păstrează dreptul de autor asupra operei închiriate, cu excepția dreptului de distribuție, dacă nu s-a convenit altfel prin însuși conținutul contractului de închiriere.

7. LIMITE ȘI SANCTIUNI

7.1. Durata protecției

Dreptul de autor asupra unei opere literare, artistice sau științifice se naște din momentul creării operei, oricare ar fi modul sau forma concretă de exprimare.

Dacă opera este creată, într-o perioadă de timp, în părți, serii, volume și în orice alte forme de continuare, termenul de protecție va fi calculat, pentru fiecare dintre aceste componente.

Drepturile patrimoniale prevăzute la art. 13 și 21 durează tot timpul vieții autorului, iar după moartea acestuia se transmit prin moștenire, potrivit legislației civile, pe o perioadă de 70 de ani, oricare ar fi data la care opera a fost adusă la cunoștința publică în mod legal. Dacă nu există moștenitori, exercițiul acestor drepturi revine organismului de gestiune colectivă mandatat în timpul vieții de către autor său, în lipsa unui mandat, organismului de gestiune colectivă cu cel mai mare număr de membri, din domeniul respectiv de creație.

Persoana care, după încetarea protecției dreptului de autor, aduce la cunoștința publică, în mod legal, pentru prima oară, o operă nepublicată înainte, beneficiază de protecția echivalentă cu cea a drepturilor patrimoniale ale autorului. Durata protecției acestor drepturi este de 25 de ani începând din momentul în care a fost adusă pentru prima oară la cunoștința publică, în mod legal. Durata drepturilor patrimoniale asupra operelor aduse la cunoștința publică, în mod legal, sub pseudonim sau fără indicarea autorului este de 70 de ani de la data aducerii la cunoștința publică a acestora.

Modificările neesențiale, adăugările, tăieturile sau adaptările aduse în vederea selecției ori aranjării, precum și corectarea conținutului unei opere sau colecții, care sunt necesare pentru continuarea activității colecției în modul în care a intenționat autorul operei, nu vor extinde termenul de protecție a acestei opere sau colecții.

Termenele stabilite în prezentul capitol se calculează începând cu data de 1 ianuarie a anului următor morții autorului sau aducerii operei la cunoștința publică.

Titularii drepturilor recunoscute și protejate prin prezenta lege pot solicita instanțelor de judecată sau altor organisme competente, după caz, recunoașterea drepturilor lor și constatarea încălcării acestora și pot pretinde acordarea de despăgubiri pentru repararea prejudiciului cauzat. Aceleași solicitări pot fi formulate în numele și pentru titularii de drepturi de către organismele de gestiune, de către asociațiile de combatere a pirateriei sau de către persoanele autorizate să utilizeze drepturi protejate prin prezenta lege, conform mandatului acordat în acest sens. Când o acțiune a fost pornită de titular, persoanele autorizate să utilizeze drepturi protejate prin prezenta lege pot să intervină în proces, solicitând repararea prejudiciului ce le-a fost cauzat.

La stabilirea despăgubirilor, instanța de judecată ia în considerare:

a) fie criterii cum ar fi consecințele economice negative, în special câștigul nerealizat, beneficiile realizate pe nedrept de făptuitor și, atunci când este cazul, alte elemente în afara factorilor economici, cum ar fi daunele morale cauzate titularului dreptului;

b) fie acordarea de despăgubiri reprezentând triplul sumelor care ar fi fost legal datorate pentru tipul de utilizare ce a făcut obiectul faptei ilicite, în cazul în care nu se pot aplica criteriile menționate la lit. a).

În cazul în care există suspiciuni cu privire la încălcarea unor drepturi recunoscute și protejate prin prezenta lege, persoanele îndreptățite pot cere instanței de judecată sau altor organe competente potrivit legii:

a) să dispună de îndată luarea unor măsuri pentru a preveni producerea iminentă a unei pagube prin încălcarea unui drept, prin interzicerea, cu titlu provizoriu, ca încălcările prezumate aduse acestui drept să continue sau pentru a condiționa continuarea lor de constituirea unor garanții destinate să asigure despăgubirea solicitantului; măsurile

provizorii de interdicere vor fi impuse, dacă este cazul, prin obligarea la plata de amenzi civile potrivit dreptului comun;

b) să dispună de îndată luarea unor măsuri pentru a asigura repararea pagubei; în acest scop, instanța poate dispune luarea de măsuri asiguratorii asupra bunurilor mobile și imobile ale persoanei presupuse a fi încălcat drepturile recunoscute de prezenta lege, inclusiv blocarea conturilor sale bancare și a altor bunuri. În acest scop, autoritățile competente pot să dispună comunicarea de documente bancare, financiare sau comerciale ori accesul corespunzător la informațiile pertinente;

c) să dispună ridicarea sau predarea către autoritățile competente a mărfurilor cu privire la care există suspiciuni privind încălcarea unui drept prevăzut de prezenta lege pentru a împiedica introducerea acestora în circuitul comercial.

7.2. Limitele exercitării drepturilor de autor

Legea permite ca o opera adusa anterior la cunoștința publică să fie utilizată fără consimțământul autorului numai în situația în care sunt îndeplinite cumulative următoarele trei condiții:

- utilizarea operei să fie conforma bunelor uzanțe;
- utilizarea operei să nu convingă exploatarea normală a operei;
- utilizarea operei sau nu îl prejudicieze pe autor sau pe titularii drepturilor de utilizare.

Reproducerea unei opere, cu excepția partiturilor muzicale, fără consimțământul autorului, pentru uz personal sau pentru cercul normal al unei familii, nu constituie o încălcare a dreptului de autor, cu condiția ca opera să fi fost adusa anterior la cunoștința publică, iar reproducerea să nu contravină utilizării normale a operei și să nu îl prejudicieze pe autor ori pe titularul drepturilor de utilizare.

Este permisă transformarea unei opere, fără consimțământul autorului și fără plata unei remunerații, în următoarele situații:

- a) în cazul în care este o transformare privată, care nu este destinată și nu este pusă la dispoziția publicului;
- b) dacă rezultatul transformării este o parodie sau o caricatură, cu condiția ca rezultatul să nu creeze confuzie în ceea ce privește opera originală și autorul acesteia;
- c) dacă transformarea este impusă de scopul utilizării premise de autor.

7.3. SANCTIUNI

Încălcarea drepturilor recunoscute și protejate prin Legea nr. 8 din 14 martie 1996, privind dreptul de autor și drepturile conexe, atrage răspunderea civilă, contravențională sau penală, după caz.

Dispozițiile procedurale sunt cele prevăzute în legea sus menționată, care se completează cu cele de drept comun.

Titularii drepturilor recunoscute și protejate prin lege pot solicita instanțelor de judecată sau altor organisme competente, după caz, recunoașterea drepturilor lor și constatarea încălcării acestora și pot pretinde acordarea de despăgubiri pentru repararea prejudiciului cauzat.

Aceleași solicitări pot fi formulate în numele și pentru titularii de drepturi de către organismele de gestiune, de către asociațiile de combatere a pirateriei sau de către persoanele autorizate să utilizeze drepturi protejate prin prezenta lege, conform mandatului acordat în acest sens.

Când o acțiune a fost pornită de titular, persoanele autorizate să utilizeze drepturi protejate prin lege pot să intervină în proces, solicitând repararea prejudiciului ce le-a fost cauzat.

În cazul în care exista suspiciuni cu privire la încălcarea unor drepturi recunoscute și protejate, persoanele îndreptățite pot cere instanței de judecată sau altor organe competente potrivit legii:

a) să dispună de îndată luarea unor măsuri pentru a preveni producerea iminentă a unei pagube prin încălcarea unui drept, prin interzicerea, cu titlu provizoriu, ca încălcările prezumate aduse acestui drept să continue sau pentru a condiționa continuarea lor de constituirea unor garanții destinate să asigure despăgubirea solicitantului; măsurile provizorii de interzicere vor fi impuse, dacă este cazul, prin obligarea la plata de amenzi civile potrivit dreptului comun;

b) să dispună de îndată luarea unor măsuri pentru a asigura repararea pagubei; în acest scop instanța poate dispune luarea de măsuri asiguratorii asupra bunurilor mobile și imobile ale persoanei presupuse a fi încălcat drepturile recunoscute de prezenta lege, inclusiv blocarea conturilor sale bancare și a altor bunuri. În acest scop, autoritățile competente pot să dispună comunicarea de documente bancare, financiare sau comerciale ori accesul corespunzător la informațiile pertinente;

c) să dispună ridicarea sau predarea către autoritățile competente a mărfurilor cu privire la care exista suspiciuni privind încălcarea unui drept prevăzut de prezenta lege pentru a împiedica introducerea acestora în circuitul comercial.

Titularii drepturilor încălcate pot cere instanței de judecată să dispună aplicarea oricăreia dintre următoarele măsuri:

a) remiterea, pentru acoperirea prejudiciilor suferite, a încasărilor realizate prin actul ilicit;

b) distrugerea echipamentelor și a mijloacelor aflate în proprietatea făptuitorului, a căror destinație unică sau principală a fost aceea de producere a actului ilicit;

c) scoaterea din circuitul comercial, prin confiscare și distrugere, a copiilor efectuate ilegal;

d) răspândirea informațiilor cu privire la hotărârea instanței de judecată, inclusiv afișarea hotărârii, precum și publicarea să integrală sau parțială în mijloacele de comunicare în masă, pe cheltuiala celui care a săvârșit fapta; în aceleași condiții instanțele pot dispune măsuri suplimentare de publicitate adaptate circumstanțelor particulare ale cazului, inclusiv o publicitate de mare amploare.

Titularul dreptului de autor sau al drepturilor conexe poate fi reprezentat, în toate procedurile, negocierile sau actele juridice, pe toată durata și în orice stadiu al procesului civil sau penal ori în afara unui astfel de proces, prin mandatar cu procura specială.

8. DREPTURI DE AUTOR PROTEJATE

8.1. OPERELE CINEMATOGRAFICE ȘI ALTE OPERE AUDIOVIZUALE

Opera audiovizuala este opera cinematografica, opera exprimata printr-un procedeu similar cinematografiei sau orice alta opera constând dintr-o succesiune de imagini în mișcare, însoțite sau nu de sunete.

Regizorul sau realizatorul operei audiovizuale este persoana fizica ce își asuma conducerea creării și realizării operei audiovizuale, în calitate de autor principal.

Producătorul unei opere audiovizuale este persoana fizica sau juridica ce își asumă responsabilitatea producerii operei și, în aceasta calitate, organizează realizarea operei și furnizează mijloacele necesare tehnice și financiare.

Pentru realizarea unei opere audiovizuale, forma scrisa a contractului dintre producător și autorul principal este obligatorie.

Autori ai operei audiovizuale sunt regizorul sau realizatorul, autorul adaptării, autorul scenariului, autorul dialogului, autorul muzicii special create pentru opera audiovizuala și autorul grafic pentru operele de animație sau al secvențelor de animație, când acestea din urma reprezintă o parte importanta a operei.

În contractul dintre producătorul și regizorul sau realizatorul operei părțile pot conveni să fie incluși ca autori ai operei audiovizuale și alți creatori care au contribuit substanțial la crearea acesteia.

Producătorul este obligat să remită autorilor, periodic, situația încasărilor percepute după fiecare mod de utilizare.

Autorii primesc remunerațiile cuvenite fie prin intermediul producătorului, fie direct de la utilizatori, fie prin organisme de gestiune colectiva a drepturilor de autor, pe baza contractelor generale încheiate de acestea cu utilizatorii.

În lipsa unei clauze contrare, remunerația pentru fiecare mod de utilizare a operei audiovizuale este proporționala cu încasările brute rezultate din utilizarea operei.

Daca producătorul nu finalizează opera audiovizuala în timp de cinci ani de la încheierea contractului sau nu difuzează opera audiovizuala într-un an de la finalizarea acesteia, coautorii pot cere rezilierea contractului, daca nu s-a convenit altfel.

8.2. PROGRAMELE PENTRU CALCULATOR

Protecția programelor pentru calculator include orice expresie a unui program, programele de aplicație și sistemele de operare, exprimate în orice fel de limbaj, fie în cod-sursa sau cod-obiect, materialul de concepție pregătitor, precum și manualele. Ideile, procedeele, metodele de funcționare, conceptele matematice și principiile care stau la baza oricărui element dintr-un program pentru calculator, inclusiv acelea care stau la baza interfețelor sale, nu sunt protejate.

Titularul dreptului de autor al unui program pentru calculator beneficiază în mod corespunzător de drepturile prevăzute de Legea nr. 8/1996, privind dreptul de autor și drepturile conexe.

În lipsa unei clauze contrare, drepturile patrimoniale de autor asupra programelor pentru calculator, create de unul sau de mai mulți angajați în exercitarea atribuțiilor de serviciu ori după instrucțiunile celui care angajează, aparțin acestuia din urma. În lipsa unei clauze contrare, printr-un contract de utilizare a unui program pentru calculator se prezuma ca:

a) utilizatorului i se acorda dreptul neexclusiv de utilizare a programului pentru calculator;

b) utilizatorul nu poate transmite unei alte persoane dreptul de utilizare a programului pentru calculator.

Cesiunea dreptului de utilizare a unui program pentru calculator nu implica și transferul dreptului de autor asupra acestuia.

8.3. OPERELE DE ARTA PLASTICA, DE ARHITECTURA SI FOTOGRAFIECE

Contractul de reproducere a unei opere de arta este contractul încheiat de titularul dreptului de autor sau de proprietarul, respectiv, posesorul operei, cu o persoana fizică sau juridică organizatoare a expozițiilor de arta.

Contractul de reproducere a unei opere de arta trebuie să conțină indicații care să permită identificarea operei, cum ar fi o descriere sumara, o schiță, un desen, o fotografie, precum și referiri la semnătura autorului.

Reproducerile nu vor putea fi puse în vânzare fără ca titularul dreptului de autor să fi aprobat exemplarul ce i-a fost supus spre examinare.

Pe toate exemplarele trebuie să figureze numele ori pseudonimul autorului sau orice alt semn convenit care să permită identificarea acestuia. Construirea unei opere de arhitectura, realizata total sau parțial după un alt proiect, nu poate fi făcută decât cu acordul titularului dreptului de autor asupra acelu proiect.

Sunt considerate opere fotografice și fotogramele peliculelor cinematografice. Dreptul autorului unei opere fotografice de a utiliza propria opera nu trebuie să prejudicieze drepturile autorului operei de arta reproduse în opera fotografica.

9. DREPTURI CONEXE SI SUI-GENERIS

Drepturile conexe dreptului de autor nu aduc atingere drepturilor autorilor.

Sunt recunoscuți și protejați, ca titulari de drepturi conexe dreptului de autor:

- artiștii interpreți sau executanți, pentru propriile interpretări ori execuții;
- producătorii de înregistrări sonore;
- producătorii de înregistrări audiovizuale, pentru propriile înregistrări;
- organisme de radiodifuziune și de televiziune, pentru propriile emisiuni și servicii de programe.

9.1. Drepturile artiștilor interpreți sau executanți

Prin artiști interpreți sau executanți se înțelege: actorii, cântăreții, muzicienii, dansatorii și alte persoane care prezintă, cântă, dansează, recită, declamă, joacă, interpretează, regizează, dirijează ori executa în orice alta modalitate o opera literara sau artistica, un spectacol de orice fel, inclusiv folcloric, de varietăți, de circ ori de marionete.

Artistul interpret sau executant are următoarele drepturi morale:

- a) dreptul de a pretinde recunoașterea paternității propriiei interpretări sau execuții;
- b) dreptul de a pretinde ca numele sau pseudonimul sau să fie indicat ori comunicat la fiecare spectacol și la fiecare utilizare a înregistrării acestuia;

c) dreptul de a pretinde respectarea calității prestației sale și de a se opune oricărei deformări, falsificări sau altei modificări substanțiale a interpretării ori execuției sale sau oricărei încălcări a drepturilor sale, care ar prejudicia grav onoarea ori reputația sa.

Artistul interpret sau executant are dreptul patrimonial exclusiv de a autoriza ori de a interzice următoarele:

- a) fixarea interpretării sau a execuției sale;
- b) reproducerea interpretării sau a execuției fixate;
- c) distribuirea interpretării sau a execuției fixate;
- d) închirierea interpretării sau a execuției fixate;
- e) împrumutul interpretării sau al execuției fixate;
- f) importul în vederea comercializării pe piața internă a interpretării sau a execuției fixate;
- g) radiodifuzarea și comunicarea publică a interpretării sau a execuției sale, în afara cazului în care interpretarea ori execuția a fost deja fixată sau radiodifuzată ori realizată pe baza unei fixări, caz în care are dreptul numai la remunerație echitabilă;
- h) punerea la dispoziția publicului a interpretării sau a execuției sale fixate, astfel încât să poată fi accesată, în orice loc și în orice moment ales, în mod individual, de către public;
- i) retransmiterea prin cablu a interpretării sau a execuției fixate. Durata drepturilor patrimoniale ale artiștilor interpreți sau executanți este de 50 de ani de la data interpretării sau execuției.

Totuși, dacă fixarea interpretării sau execuției în decursul acestei perioade face obiectul unei publicări licite sau al unei comunicări publice licite, durata drepturilor este de 50 de ani de la data la care a avut loc pentru prima oară oricare dintre acestea.

9.2. Dreptul producătorilor de înregistrări sonore

Se considera a fi înregistrare sonoră sau fonograma fixarea sunetelor provenite dintr-o interpretare ori execuție sau a altor sunete ori a reprezentării digitale ale acestor sunete, alta decât sub forma unei fixări încorporate într-o operă cinematografică sau în alta operă audiovizuală.

Producătorul de înregistrări sonore este persoana fizică sau juridică care are inițiativa și își asumă responsabilitatea organizării și finanțarea realizării primei fixări a sunetelor, fie ca acestea constituie sau nu o operă.

Producătorul de înregistrări sonore are dreptul patrimonial exclusiv de a autoriza sau de a interzice următoarele:

- a) reproducerea integrală sau parțială, directă ori indirectă, temporară sau permanentă, prin orice mijloc și sub orice formă, a propriilor înregistrări sonore;
- b) distribuirea propriilor înregistrări sonore;
- c) închirierea propriilor înregistrări sonore;
- d) împrumutul propriilor înregistrări sonore;
- e) importul, în vederea comercializării pe piața internă, a copiilor legal realizate ale propriilor înregistrări sonore;
- f) radiodifuzarea și comunicarea publică a propriilor înregistrări sonore, cu excepția celor publicate în scop comercial, caz în care are dreptul la remunerație echitabilă;
- g) punerea la dispoziția publicului a propriilor înregistrări sonore, astfel încât să poată fi accesate, în orice loc și în orice moment ales, în mod individual, de către public;

h) retransmiterea prin cablu a propriilor înregistrări sonore.

Durata drepturilor patrimoniale ale producătorilor de înregistrări sonore este de 50 de ani de la data primei fixări. Totuși, dacă înregistrarea în decursul acestei perioade face obiectul unei publicări licite sau al unei comunicări publice licite, durata drepturilor este de 50 de ani de la data la care a avut loc pentru prima oară oricare dintre acestea.

9.3. Drepturile producătorilor de înregistrări audiovizuale

Se considera a fi înregistrare audiovizuala sau videogramă orice fixare a unei opere audiovizuale sau a unor secvențe de imagine în mișcare, însoțite sau nu de sunet, oricare ar fi metoda și suportul de utilizare pentru aceasta fixare.

Producătorul unei înregistrări audiovizuale este persoana fizică sau juridică care are inițiativa și își asuma responsabilitatea organizării și realizării primei fixări a unei opera audiovizuale sau a unor secvențe de imagine în mișcare, însoțite ori nu de sunet și, în aceasta calitate, furnizează mijloacele tehnice și financiare necesare.

Producătorul unei înregistrări audiovizuale are dreptul patrimonial exclusiv de a autoriza sau de a interzice următoarele:

- a) reproducerea integrală sau parțială, directă ori indirectă, temporară sau permanentă, prin orice mijloc și sub orice formă, a propriilor înregistrări audiovizuale;
- b) distribuirea originalului sau a copiilor propriilor înregistrări audiovizuale;
- c) închirierea propriilor înregistrări audiovizuale;
- d) împrumutul propriilor înregistrări audiovizuale;
- e) importul, în vederea comercializării pe piața internă, a propriilor înregistrări audiovizuale;
- f) radiodifuzarea și comunicarea publică a propriilor înregistrări audiovizuale;
- g) punerea la dispoziția publicului a propriilor înregistrări audiovizuale, astfel încât să poată fi accesate, în orice loc și în orice moment.

9.4. Organismele de radiodifuziune și de televiziune

Organismele de radiodifuziune și de televiziune au dreptul patrimonial exclusiv de a autoriza sau de a interzice, cu obligația pentru cel autorizat de a menționa numele organismelor, următoarele:

- a) fixarea propriilor emisiuni și servicii de programe de radiodifuziune sau de televiziune;
- b) reproducerea integrală sau parțială, directă ori indirectă, temporară sau permanentă, prin orice mijloc și sub orice formă, a propriilor emisiuni și servicii de programe de radiodifuziune sau de televiziune fixate pe orice fel de suport, indiferent dacă au fost transmise prin fir ori fără fir, inclusiv prin cablu sau satelit;
- c) distribuirea propriilor emisiuni și servicii de programe de radiodifuziune sau de televiziune fixate pe orice fel de suport;
- d) importul, în vederea comercializării pe piața internă, a propriilor emisiuni și servicii de programe de radiodifuziune sau de televiziune fixate pe orice fel de suport;
- e) retransmiterea sau reemiterea propriilor emisiuni și servicii de programe de radiodifuziune sau de televiziune prin mijloace fără fir, prin fir, prin cablu, prin satelit sau prin orice alt procedeu similar, precum și prin orice alt mod de comunicare către public, inclusiv retransmiterea pe Internet;

f) comunicarea publică a propriilor emisiuni și servicii de programe de radiodifuziune sau de televiziune în locuri accesibile publicului, cu plata intrării;

g) închirierea propriilor emisiuni și servicii de programe de radiodifuziune sau de televiziune, fixate pe orice tip de suport;

h) împrumutul propriilor emisiuni și servicii de programe de radiodifuziune sau de televiziune fixate pe orice fel de suport;

i) punerea la dispoziția publicului a propriilor emisiuni și servicii de programe de radiodifuziune sau de televiziune fixate pe orice fel de suport, indiferent dacă au fost emise prin fir sau fără fir, inclusiv prin cablu sau satelit, astfel încât să poată fi accesate în orice loc și în orice moment ales, în mod individual, de către public.

9.5. Drepturile sui-generis ale fabricanților bazelor de date

Prin baza de date se înțelege o culegere de opere, de date sau de alte elemente independente, protejate ori nu prin drept de autor sau conex, dispuse într-o modalitate sistematică ori metodică și în mod individual accesibile prin mijloace electronice sau printr-o altă modalitate.

Fabricantul unei baze de date este persoana fizică sau juridică ce a făcut o investiție substanțială cantitativă și calitativă în vederea obținerii, verificării sau prezentării conținutului unei baze de date.

Drepturile fabricantului bazei de date iau naștere o dată cu definitivarea bazei de date.

Durata protecției este de 15 ani, începând cu data de 1 ianuarie a anului imediat următor definitivării bazei de date. În cazul în care baza de date a fost pusă la dispoziția publicului în orice modalitate înainte de expirarea perioadei prevăzute mai sus, durata protecției se calculează începând cu data de 1 ianuarie a anului imediat următor celui în care baza de date a fost pusă la dispoziția publicului pentru prima oară.

10. PROTECȚIA DREPTURILOR DE AUTOR ÎN CAZUL PROGRAMELOR PENTRU CALCULATOR

Drepturile de autor garantează recunoașterea și protejarea proprietății intelectuale în condițiile Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, cu modificările și completările ulterioare. Intenționat sau nu, oamenii încălca deseori aceste drepturi prin reproducere, distribuiri, traduceri sau orice alte utilizări neautorizate. Protecția proprietății intelectuale prin drepturi de autor asigură recunoașterea și remunerarea corespunzătoare a autorului în vederea stimulării creației. Copierea și distribuirea neautorizată reprezintă o încălcare a legii și moralei, fie că privește un bun material sau o creație intelectuală.

Transferul sau trimiterea folosinței drepturilor de autor și a altor drepturi similare este considerată, potrivit Codului Fiscal, prestare de servicii, operațiune pentru care se aplică taxa pe valoare adăugată (TVA) în cota standard de 19 la sută, cum reiese dintr-un comunicat al Ministerului Finanțelor Publice.

O problemă juridică deosebită este data de durată a protecției legale a programelor de autor, atât a celor distribuite cu licență, cât și a celor ce intra în categoriile freeware, freeware, shareware și public domain, precum și de durată a drepturilor de autor. Protecția legală este asigurată în funcție de situația în care se încadrează programul. Condiția esențială ce ar trebui îndeplinită pentru ca protecția legală să funcționeze este

aceea ca programul să fie înregistrat la Oficiul Român pentru Drepturile de Autor (ORDA) și în Registrul Programelor de Calculator, registru care se găsește la Agenția Națională pentru Comunicații și Informatica (ANCI).

Din momentul înregistrării, programul beneficiază de protecție legală pentru drepturile de autor, indiferent pe ce poziție se afla acesta, ca autor unic ori ca autor angajat, ori pentru situația când autor este considerată firma producătoare. Dacă ne aflăm în situația în care un autor distribuie, indiferent de formă, un program ce-i aparține, dar pe care nu l-a înregistrat la ORDA (formalitatea înregistrării la ORDA este o condiție esențială pentru existența dreptului de autor), atunci el nu beneficiază de protecția legală a muncii sale, și nici nu poate avea pretenții în momentul în care, un alt autor pornind de la programul sau de la o parte a acestuia creează o altă versiune pe care o înscrie la ORDA sub numele sau.

Deci legea protejează atât forma cu care este adusă la cunoștința publicului opera, respectiv programul soft, cât și baza pe care a fost creat acel program. În cazul în care se copiază o versiune protejată, autorul poate cere despăgubiri pentru faptul că i-a fost folosită ideea fără acordul sau direct. Durata de protecție a drepturilor patrimoniale (adică drepturile bănești ce i se cuvin autorului de produse soft) este prevăzută în legea 8/1996, care în articolul 30 prevede ca: *"Drepturile patrimoniale asupra programelor pentru calculator durează tot timpul vieții autorului, iar după moartea acestuia se transmit prin moștenire potrivit legislației civile pe o perioadă de 50 de ani"*, acest termen fiind valabil numai pentru autorii particulari de programe pentru calculator, întrucât cei angajați sunt deposedați de drepturile lor patrimoniale. Durata vieții autorului, plus încă 50 de ani, este un termen prevăzut în majoritatea legislațiilor lumii și este în deplin acord cu dispozițiile articolului 7 din Convenția de la Berna și Directiva Comunitară din 14 mai 1991. Legea cadru a Organizației Mondiale a Proprietății Intellectuale (OMPI) a prevăzut un termen de 25 de ani, calculat de la data apariției programului.

Există mai multe posibilități de a stabili durata de protecție pentru autorii angajați, cei care nu au încheiat vreo convenție specială cu persoana care i-a angajat pentru a cere dreptul de a fi "adevăratul părinte" al programului. Prima este cea de la art. 30 din legea 8/1996 și presupune că după semnarea contractului de muncă, persoana juridică angajatoare dobândește asupra viitorului program un drept patrimonial egal în durata cu cel stabilit pentru autorul programului aflat în situația discutată mai sus. Aceasta varianta înseamnă că angajatorul devine din punct de vedere legal un titular de drepturi patrimoniale exact ca autorul liber, iar adevăratul autor, adică cel angajat, este deposedat de dreptul lui, el având doar statutul de salariat.

A doua posibilitate înseamnă aplicarea regulilor de cesiune, ceea ce presupune un drept patrimonial limitat în favoarea persoanei care angajează pe o perioadă de 3 ani. Este soluția dată de art. 44 al aceleiași legi, potrivit căreia pentru operele create în cadrul unui contract individual de muncă, în lipsa unor clauze care să specifice termenul pentru care au fost cesionate, termenul de autor fiind de 3 ani de la data predării operei. O ultimă variantă este aceea a autorilor de programe care sunt și ei deposedați de drepturile lor fără să fi încheiat o convenție cu persoana care i-a angajat. Aici legea prevede că autorul este practic îndreptățit la o remunerație dintr-un anume procent realizat din profitul obținut prin

valorificarea programului pe tot timpul vieții sale, iar moștenitorii săi pe o durată de 50 de ani.

Aceasta ultima variantă este din păcate doar o prevedere legală fără acoperire reală, întrucât în viața de zi cu zi nu se găsesc angajatori dispuși la un asemenea compromis, cum de asemenea nici varianta convenției prealabile dintre angajator și angajat referitoare la drepturile patrimoniale ale celui din urmă nu se realizează, singura variantă care se întâlnește atât la noi cât de altfel în toată lumea este doar aceea în care autorul este salariat, iar remunerația se stabilește negociat dar cu mult sub cuantumul plății pe care ar fi obținut o parte din drepturile sale de autor.

O categorie aparte este cea a programelor de tip freeware, freeware, shareware și public domain, deoarece ele se pot afla în situația pe care am prezentat-o, în sensul de a nu fi înregistrate la ORDA, iar atunci acel autor nu poate avea absolut nici o pretenție de la acei utilizatori care se folosesc de creația sa, modificând-o după bunul lor plac. Freeware este un program pentru calculator cedat gratuit și uneori disponibil prin internet sau prin grupurile de utilizatori. Un producător de programe independent poate oferi un produs sub forma de freeware, fie pentru satisfacția sa personală, fie pentru a vedea reacția utilizatorilor interesați, eventual la versiuni preliminare ale celor finale. Producătorii de freeware își păstrează adesea (cu condiția înregistrării la ORDA) toate drepturile de autor și utilizatorii nu sunt întotdeauna liberi să copieze sau să distribuie mai departe astfel de produse. Freeware este software distribuit gratuit și însoțit de codul sursă. Utilizatorii sunt liberi să-l folosească, să-l modifice sau să-l distribuie mai departe, cu condiția ca modificările să fie marcate clar și specificația de copyright a autorului original să nu fie ștearsă sau modificată. Spre deosebire de freeware, în cazul căruia utilizatorul uneori nu are permisiunea de a efectua modificări, software-ul gratuit este protejat de un contract de acordare a licenței. Software-ul gratuit este un concept introdus pe piața de Free Software Foundation din Cambridge, Massachusetts. Aici ne aflăm în situația pe care am analizat-o, deoarece acele programe, aflate sub protecția licenței, sunt înregistrate la un organism National sau International de gestionare a drepturilor de autor.

Shareware este software-ul pentru care au fost înregistrate drepturile de autor și care este distribuit pentru a fi încercat de potențialii comparatori. Utilizatorilor li se solicită ca, în cazul ca vor să continue folosirea programului după perioada de probă, să plătească autorului o anumită sumă de bani. Public domain (domeniul public) reprezintă un set de lucrări, care conțin munca creativă, cum ar fi cărți, piese muzicale, sau programe, care nu intra sub incidența legii dreptului de autor, sau a altui sistem de protecție.

Lucrările de domeniu public pot fi copiate, modificate sau utilizate gratuit, în orice mod și cu orice scop. Multe din informațiile, textele și programele din internet sunt de domeniu public, dar lucrările cu drepturi de autor înregistrate chiar dacă au fost introduse pe internet, nu apar în domeniu public. Aici, în replică, intră așa numitele proprietary software, adică programul pentru care au fost înregistrate drepturile de autor de către o persoană sau o firmă și care nu poate fi utilizat decât prin cumpărarea unei licențe sau prin obținerea acordului posesorului. Acestea sunt problemele pe care le ridică drepturile de autor în raport cu durata lor de protecție și în raport cu situațiile ce se creează prin existența

unor posibilități de distribuire de tipul celor analizate, mai ales ca după cum am văzut situațiile pot fi chiar foarte complexe.

11. REZUMAT

"Dreptul de autor" este o sintagmă care definește legislația ce se referă la protecția operelor de creație. Prin "operă de creație" se înțelege orice creație intelectuală, incluzând aici atât lucrările științifice și tehnice, cât și cele datorate imaginației: literatură, pictură, muzică, arhitectură, coregrafie etc.). Dreptul de autor rezervă autorilor operelor de creație dreptul exclusiv de a autoriza folosirea operei lor în orice mod. Prin aceasta se conferă operelor de creație calitatea unui bun care poate fi cedat sau transferat într-un mod analog bunurilor materiale. Cele două premize fundamentale pe care se bazează dreptul de autor se găsesc în drepturile fundamentale ale omului, consemnate ca atare în Declarația universală a drepturilor omului:

"1. Fiecare are dreptul la protecția intereselor morale și materiale ce decurg din orice producție științifică, literară sau artistică a cărui autor este;

2. Orice persoană are dreptul să ia parte în mod liber la viața culturală a societății, să se bucure de arte și să participe la progresul științific și la binefacerile ce rezultă de aici;"

Din aceste premize decurg cele două rațiuni importante care au condus la instituirea dreptului de autor în societatea modernă. În primul rând pentru ca autorul să poată rămâne stăpân pe folosința care este data operei sale și să poată pretinde, în aceasta calitate, o remunerație.

Dreptul de autor asupra unei opere literare, artistice sau științifice, precum și asupra altor opere de creație intelectuală este recunoscut și garantat în condițiile prezentei legi. Acest drept este legat de persoana autorului și comportă atribute de ordin moral și patrimonial.

Opera de creație intelectuală este recunoscută și protejată, independent de aducerea la cunoștința publică, prin simplul fapt al realizării ei, chiar neterminată.

Recunoașterea drepturilor prevăzute în prezenta lege nu prejudiciază și nu exclude protecția acordată prin alte dispoziții legale.

BIBLIOGRAFIE

1. <http://www.romaniatrademarks.ro/>
2. http://www.euroavocatura.ro/articole/93/Durata_protectiei_drepturilor_de_autor_i_n_cazul_programelor_pentru_calculator
3. Parlamentul României, **Legea nr. 8/1996 din 14/03/1996**, Versiune actualizată la data de 03/08/2006 privind dreptul de autor și drepturile conexe
4. *Parlamentul României*, **Legea nr. 285 din 23 iunie 2004** pentru modificarea și completarea Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 587 din 30 iunie 2004
5. **Guvernul României**, **Ordonanța nr. 25/2006 din 26/01/2006** Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 84 din 30/01/2006 privind întărirea capacității administrative a Oficiului Român pentru Drepturile de Autor.

DREPTURILE OMULUI –GARANTIE SI NECESITATE INTR-UN STAT DE DREPT EUROPEAN

DOBRESCU ȘTEFANIA-DORINA
Cabinet Avocat „Dobrescu Stefania”

The necessity of the observance on the area of Human Rights in the juridical activity requires the correct application of European legislation. Romania does not follow the recommendations of European Court of Human Rights. Too much files concerning various causes must be solved by this Court. It is imperatively imposed that some programs and actions for the implementation of European legislation in the education, police activity, magistrature. After several examples of incorrect application of European laws, the paper presents some recommendations for the improvement in the judicial activity in direct relation with European requirements.

Cuvinte cheie: jurisprudență, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, recomandări.

1. Lipsa unei strategii în materie de drepturi ale omului

Adesea, autoritățile naționale au afirmat că România nu prezintă probleme în domeniul respectării și a promovării drepturilor omului. Cu toate acestea, practica a demonstrat contrariul. Înțelegerea greșită a conceptului de drept fundamental al omului a generat confuzii elementare, atât în rândul societății civile, cât, mai ales, la nivelul administrației naționale. Lipsa de interes pentru acest domeniu a autorităților a costat România, până în prezent, suma de aproximativ 67 milioane Euro, aceasta reprezentând despăgubiri datorate în baza deciziilor CEDO ca urmare a încălcării de către Statul Român a prevederilor *Convenției Europene pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale* [1].

Deși România și-a asumat la nivel internațional responsabilitatea de a implementa un sistem eficient de educație a drepturilor omului, lipsa de colaborare între instituțiile statului nu a permis îndeplinirea obligațiilor asumate [2]. O importanță deosebită prezintă, din acest punct de vedere, Recomandarea (2004) 4E a Comitetului Miniștrilor al Consiliului Europei, care impune numeroase obligații în sarcina statelor membre și, în special a ministerelor educației și al justiției cu privire la pregătirea obligatorie și corespunzătoare a juriștilor în domeniul Convenției Europene și a jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului [3].

2. Petițiile adresate Curții de la Strasbourg

În prezent, *România ocupa locul III din punct de vedere al numărului petițiilor aflate pe rolul CEDO* [4], fapt ce reprezintă un semnal de alarmă pentru autoritățile române. Cu o populație mult mai mică decât Rusia, care ne devansează în topul sus-menționat, România este practic statul cu cele mai multe petiții CEDO pe cap de locuitor din Europa. Această situație demonstrează interesul scăzut al statului român pentru promovarea drepturilor omului, existența unor dispoziții naționale contrare prevederilor Convenției, lipsa de claritate și coerență a actelor normative în vigoare, precum și slaba pregătire a magistraților [5] cu privire la respectarea acestor drepturi prin aplicarea normelor internaționale [6], în principal a Convenției Europene și a jurisprudenței CEDO. Romania a primit un număr record de condamnări la CEDO: 19 într-o singură zi; 10% din

reclamațiile înregistrate în 2007 la CEDO au fost depuse de cetățeni români, situându-ne astfel pe locul 3 la reclamanți; la condamnări, Romania se află pe locul 5 [4].

Doar pentru intervalul ianuarie 2007 - aprilie 2009, Ministerul Finanțelor Publice a efectuat deja plăți, în contul condamnărilor suferite de Romania, în valoare de 17 milioane de Euro [7]. Aceasta demonstrează fie încălcarea unor drepturi garantate de Convenție, fie incompatibilitate legislativă sau aplicarea necorespunzătoare a legii. Numărul cazurilor în care Romania ar putea fi condamnată la CEDO pentru încălcarea drepturilor omului ar putea crește semnificativ în perioada următoare, susțin avocații pledanți în procesele desfășurate la Strasbourg. În accepțiunea acestora, dar și a agentului guvernamental, principalii vinovați pentru această situație sunt Parlamentul, Executivul și judecătorii care refuză să-și respecte angajamentele. Cele mai multe despăgubiri solicitate la Strasbourg au în centru procese care se referă la casele naționalizate, acestea fiind urmate de abuzurile reclamate de românii cercetați în anchete penale. CEDO este într-o situație jenantă în privința proceselor de restituire în Romania pentru că **a devenit un fel de agent imobiliar de lux al Bucureștiului**. Majoritatea plângerilor declarate admisibile la Curte duc la condamnarea statului roman, iar principala problemă este cea a dreptului de proprietate, urmată, mai nou, de regimul de detenție. La ora actuală, împotriva României sunt înregistrate, în fază de examinare peste 8.700 de dosare în stare de judecată. Prima problemă discutată este cea a dreptului de proprietate - restituirea imobilelor, durata procedurilor de judecată, neexecutarea unor hotărâri judecătorești în termen, de regulă tot legate de restituiri imobiliare (Legea 18, Legea 10). Cea mai mare sumă acordată de CEDO a fost de 900.000 de Euro pentru nerespectarea dreptului de proprietate (cauza Nasta), dar imobilul a fost restituit în natură. Judecătorul român la CEDO, dl. Corneliu Bârsan, consideră că adoptarea Codului Civil și Penal nu poate soluționa cauzele aflate pe rolul CEDO, iar numărul mare de plângeri venite la Curte nu poate influența ridicarea mecanismului de cooperare și verificare pe Justiție. Acesta a mai declarat ca nu a fost niciodată consultat înainte de redactarea raportului de țară pe justiție de către CE, fiind intrigat de discuțiile purtate privind raportul de țară și de faptul că nu se vorbește despre carența principală a justiției din România: incoerența sistemului. El a mai afirmat că dezbaterile Codurilor în Parlament era mai potrivită decât asumarea răspunderii Guvernului [8].

Toate statele europene au probleme din punct de vedere al respectării anumitor drepturi ale omului, însă ***o specificitate a României este aceea că se reclama încălcarea majorității articolelor prevăzute în Convenție***. Probleme de fond identificate de CEDO provin atât din legislația nesatisfacatoare, cât și din modul de soluționare a dosarelor de către organele judiciare românești [9]:

(a) Desființarea prin căi extraordinare de atac a unor hotărâri definitive și irevocabile. Cel mai mare număr de hotărâri pronunțate de CEDO împotriva României privesc încălcarea dreptului la un proces echitabil (art. 6), precum și a dreptului la respectarea proprietății (art. 1 par.1) ca urmare a admiterii recursurilor în anulare promovate de procurorul general împotriva unor hotărâri judecătorești civile irevocabile (ex. cauza „Brumărescu” devenit, din păcate, caz „școală” pentru ca o serie de alte cauze pe același tipic au fost pierdute de autoritățile române la CEDO). Surprinzător este faptul că, deși instituția recursului în anulare a fost abrogată prin modificarea Codului de Procedură Penală în 2003, CEDO a comunicat Agentului Guvernamental mai mult de 20 de astfel de cereri formulate și acceptate de instanța supremă în 2003-2004.

(b) Imposibilitatea foștilor proprietari ale caror imobile naționalizate fără titlu au fost vândute chiriașilor în temeiul Legii 112/1995 de a obține restituirea în natură a acestora sau o altă formă de despăgubire. Au fost formulate până în prezent peste 150 de plângeri în legătură cu aplicarea Legii 112/1995 referitoare la încălcarea dreptului de proprietate prin respingerea acțiunilor în constatarea nulității absolute a contractelor de vânzare-cumparare încheiate între stat și foștii locatari. Aceștia au cumpărat de la stat locuințele închiriate care, fie anterior perfectării contractelor, fie ulterior, au fost restituite de către instanțe foștilor proprietari (ex. cauza „Paduraru”). Judecătorii europeni au constatat în numeroase cazuri că justiția română a încălcat dreptul la proprietate prin sentințele date în procese de retrocedări, iar România a primit un număr record de condamnări la CEDO. Dacă până acum afectați erau foștii proprietari, ale caror bunuri au fost naționalizate, și imaginea externă a României, efectele negative ale acestui proces contaminatează și Curtea Europeană a Drepturilor Omului de la Strasbourg, acolo unde procesele pe proprietate contra României se înmulțesc. Condamnările statului român păstrează și ele același ritm, în ciuda faptului că instanța europeană solicită constant Bucureștiului să-și revizuiască legislația deficitară și să pună în aplicare hotărârile judecătorești. Judecătorul român la CEDO - dl. Corneliu Bârsan declară că situația din România pune instanța europeană într-o dublă ipostază: "imposibilă" și "jenantă". *"Ne învărtim în jurul cozii de atâta vreme și Curtea este într-o situație imposibilă. Eu am mai spus-o: în cauzele privitoare la restituirea proprietății, Curtea a devenit un agent imobiliar de lux al Guvernului României. Problemele juridice sunt soluționate de Curte, deci Curtea nu mai are ce să adauge. Susțin cu tărie ca aceasta instanță internațională este într-o situație jenantă"*. Deși CEDO a recomandat, în mod repetat autorităților române unde ar trebui acționat pentru a scăpa de condamnările suferite de țara noastră, Bucureștiul persistă în același tip de greșeli ca și cum nu ar fi beneficiat de respectivele îndrumări. "Curtea deja a sesizat, direcționat și judecat, cred eu, cam toate situațiile care pun în discuție restituirea, fie că este vorba de nerespectarea hotărârilor judecătorești, fie că este vorba despre situații în care s-a recunoscut dreptul de proprietate al reclamantului, dar nu s-a restituit bunul, constatându-se că el a fost înstrăinat către altcineva. În această situație, Curtea constată existența dreptului de proprietate în patrimoniul reclamantului și nu are altceva de făcut decât să stabilească cuantumul despăgubirilor. Or, asta nu trebuie să facă CEDO. După cum nu CEDO ar trebui să constate că nu se execută hotărârile judecătorești sau deciziile administrative de restituire. Curtea a constatat deja. Noi numim aceste cauze repetitive" [10].

În materia restituirii proprietății, statul român a acționat în ritm de melc, generând artificial mii de litigii pe rolurile instanțelor, certuri între rude, condamnări penale, oameni morți înainte de a-și recupera bunul și incertitudine generală. Statul român nu mai are scuze. România trebuie să adopte măsuri legislative prin care să se asigure că orice persoană care are o cerere de restituire a unui imobil naționalizat va primi răspuns într-un timp rezonabil. Statul trebuie să elimine toate obstacolele legale din calea executării rapide a deciziilor administrative sau a celor judiciare, pentru ca foștii proprietari să obțină restituirea proprietăților naționalizate sau să primească într-un mod prompt și adecvat compensații pentru prejudiciul suferit. Pentru asta este nevoie de adoptarea unor măsuri legislative, administrative și bugetare care să asigure finalitatea acestor proceduri ^[11]. Vinovații pentru cazurile pierdute la CEDO sunt puterea legislativă - prin faptul că menține o incertitudine generală în această zonă - puterea executivă, pentru nefuncționalitatea pe

termen lung a Fondului "Proprietatea" insuficient pentru a asigura plata efectivă a unei indemnizații și puterea judecatorească, ce trebuia și putea dispune în lumina jurisprudenței CEDO respingerea recursurilor declarate de procurorul general, cu atât mai mult cu cât aceasta practică a supraviețuit și după ce Curtea a statuat prima dată asupra recursului în anulare - în 1999 - în cazul "Brumarescu vs. Romania";

(c) Încălcarea dreptului de acces la un tribunal. S-a constatat încălcarea art. 6 alin 1 din Convenție în majoritatea cauzelor de tip „Brumarescu”, „Canciovici” și „Moșneanu”; a fost declarată admisibilă cererea introdusă de „Parohia greco-catolica Sâmbăta Bihor” tot ca urmare a încălcării acestui articol;

(d) Durata excesivă a procedurilor judiciare: încălcarea art.6. al.1 cu privire la lipsa de judecată într-un termen rezonabil a fost constatată atât în cauze penale („Pantea”, „Tudorache”, „Stoianova” și „Nedelcu”), cât și în cauze civile („Moldovan”, „Strain”). Recent, au fost comunicate Guvernului peste 20 de cauze care pun în discuție durata procedurilor, fie în materie penală, fie în materie civilă, constatându-se perioade lungi de totală inactivitate în faza de urmărire penală, precum și absența unor măsuri adecvate din partea instanțelor de judecată în vederea diminuării procedurilor civile [12];

(e) Aplicarea unor tratamente inumane și degradante de către reprezentanți ai unor instituții publice și absența unei anchete eficiente referitoare la aceasta. Încălcarea art. 3 și art. 2 din Convenție se referă, în principal, la rele tratamente aplicate de către ofițeri de poliție și jandarmerie, precum și la neefectuarea unor anchete eficiente cu privire la aceste cauze. În prezent, numărul condamnărilor privind încălcarea art. 3 este relativ redus („Pantea”, „Anghelescu”, „Bursuc”, „Moldovan”), însă numărul comunicărilor (peste 20) în cauze similare este în creștere. **De lege ferenda** recomand ca jurisprudența Curții în această materie să fie studiată la Academia de Poliție.

(f) Motivarea insuficientă a hotărârilor judecătorești a fost argumentată de CEDO în cauza „Albina” drept încălcare a art.6 alin1; două astfel de cauze au fost comunicate Guvernului ca fiind pe rolul Curții. De altfel, *în general în România hotărârile judecătorești nu sunt motivate*: redarea narativă a celor reclamate de părți și a celor efectuate de instanță, cu o reproducere searbădă a textului legal aplicabil, fără o analiza suficientă a stării de fapt și a mecanismelor incidente, precum și fără a explica elementele ce au dus magistratul la o anumită convingere cu privire la cele petrecute în realitate, sunt departe de o argumentare suficientă a hotărârilor judecătorești.

Un exemplu de nerespectare a drepturilor omului este legat de problema gripei porcine. În ultima perioadă, problema vaccinării obligatorii a populației împotriva virusului A(H1N1) a devenit destul de controversată. Vaccinarea obligatorie a populației ar putea reprezenta o reală încălcare a drepturilor omului, subiect ce ar putea ajunge destul de repede pe masa Curții Europene a Drepturilor Omului, ca o consecință a încălcării drepturilor și libertăților civile garantate de Constituția României. Ordinul vaccinării în masa a venit de la OMS. La începutul lunii iulie 2009, un grup de experți în vaccinuri a concluzionat că epidemia este de neoprit, iar Marie-Paul Kieny, directorul OMS pe direcția cercetării vaccinurilor, a spus că toate națiunile vor trebui să aibă acces la vaccinuri și că vaccinul va trebui să fie gata de administrare în septembrie [13].

Un virologist din Canberra, Australia, a declarat presei că există posibilitatea ca virusul să fi fost creat în laborator și pus în libertate din greșeală. Unii au sugerat că ar putea fi fost creat pe post de armă biologică, în timp ce alții dau vina pe industria zootehnică intensivă și pe traficul extins al animalelor de companie, care creează

oportunitatea apariției unor virusuri recombinante. Dar, ceea ce îngrijorează mai ales publicul sunt programele guvernamentale de vaccinare în masă menite să combată epidemia și care ar putea fi mai rele decât epidemia însăși. Criticii arată că „experții în vaccinare” sunt influențați de producătorii de vaccinuri, care vor să câștige profituri enorme de pe urma contractelor cu guvernele. Dar argumentul decisiv împotriva vaccinării în masă este că vaccinul nu e eficient, ba, mai mult, e chiar periculos.

În consecință, se poate aprecia un abuz dorința Ministrului Român al Sănătății de vaccinare obligatorie a copiilor. Mai mult, acesta a decis să vaccineze obligatoriu un sfert din populație contra noii gripe. Cinci milioane de români vor fi vaccinați contra virusului A(H1N1), în încercarea sa de a răspunde adecvat celei mai mari provocări la adresa sănătății publice din anul 2010. El are în vedere vaccinarea tuturor celor aproximativ 3 milioane de copii, de la preșcolari până la elevi de liceu, ceea ce ar reduce incidența virusului cu 50 la sută. Celelalte categorii care vor fi vaccinate cu prioritate sunt personalul medical și cel din sectorul serviciilor sociale. Ministrul Ion Bazac a spus că răspândirea virusului A(H1N1) va reprezenta „o mare problemă de sănătate publică” în anul 2010, inclusiv în România.

Situații similare se regăsesc și în Franța, Statele Unite și Marea Britanie, precum și în multe alte state afectate de virusul A(H1N1). Astfel, potrivit lui Paul Joseph Watson “ Un document pentru uz intern dezvăluie planurile guvernului francez de a impune vaccinarea în masa asupra întregii populații, pe centre regionale, evidența persoanelor urmând a fi ținută prin intermediul cardurilor de sănătate cu microchip. Documentul a fost eliberat în 21 august de către guvernul francez și pare să fie un plan menit să inițieze exterminarea în masă a populației printr-un vaccin toxic, sub acoperirea protecției împotriva pandemiei (...). Documente similare se pare ca circulă în toate cele 194 de state membre ale OMS. Acestea sunt adresate înalților funcționari guvernamentali caăora li se ordonă să supravegheze și să coordoneze vaccinarea forțată în regiunile pe care le au sub control și să elaboreze, totodată, planuri adecvate de vaccinare până la jumătatea lui septembrie”.[14] Așa cum se poate observa, vaccinului împotriva gripei porcine i se da undă verde cu rapiditate, guvernele acordând companiilor farmaceutice producătoare de vaccin imunitate față de eventualele procese care ar putea fi intentate dacă vaccinul va cauza leziuni sau decese.

Faptul că guvernele plănuiesc vaccinarea forțată în timp ce populația începe să înțeleagă la ce riscuri se expune acceptând un vaccin insuficient testat e în sine un lucru șocant. Dacă vor reuși să îi oblige pe oameni să se vaccineze, este cu totul altă poveste...

Având în vedere că ultima vaccinare în masă din SUA a fost un dezastru, ne întrebăm care este scopul acesteia și, mai presus de orice, cum și dacă o vom putea refuza.

În lumina celor mai sus prezentate, vaccinarea obligatorie poate reprezenta o încălcare a drepturilor omului și libertăților fundamentale prevăzute de art.2 pct.1 din Convenție “Dreptul la viață al oricărei persoane este protejat prin lege și ale art. 5 pct.1. “Orice persoană are dreptul la libertate și la siguranță” [15], iar eventuala combatere a pandemiei se poate realiza în moduri mai eficiente decât vaccinarea în masă.

3. Recomandări

Având în vedere cele prezentate anterior, precum și faptul că majoritatea cauzelor împotriva României pun în discuție soluțiile pronunțate de către instanțele de judecată și modul în care au acționat procurorii, se impun următoarele recomandări:

- implementarea în cel mai scurt timp a prevederilor Recomandării (2004) 4E a Comitetului Miniștrilor Consiliului Europei;
- acordarea unei importante deosebite educației în domeniul drepturilor omului și includerea cursului privind protecția europeană a drepturilor omului în curricula facultăților de drept, de poliție, de științe administrative și politice, de științe sociale, etc.;
- efectuarea de modificări legislative în vederea eliminării contradicțiilor, a lipsei de claritate și incoerenței actelor normative în vigoare; în acest sens, ar trebui creat un departament special în cadrul Ministerului Justiției sau al Consiliului Legislativ care să verifice compatibilitatea întregii legislații;
- cunoașterea și însușirea mai bună a jurisprudenței CEDO de către instanțele interne și aplicarea directă a hotărârilor CEDO de către magistrații români, chiar înaintea unor modificări legislative [18], precum și adoptarea la nivel național a unui plan clar de pregătire continuă a magistratilor în privința cunoașterii în profunzime a jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului;
- adoptarea unei strategii naționale privind responsabilizarea organelor administrației publice care dispun vânzarea imobilelor către chiriași prin încălcarea hotărârilor instanțelor ce au dispus restituirea în natură către proprietar, prin instituirea unor sancțiuni clare;
- adoptarea unei strategii naționale privind responsabilizarea corpului magistraților în vederea interpretării și a aplicării uniforme a legii;
- adoptarea unei legislații care să interzică explicit autorităților implicate în proceduri judiciare (poliție, parchet, servicii speciale, instanțe), dar și celorlalte autorități ale statului (guvern, ministere, parlament, autorități județene ori locale) să se pronunțe cu privire la vinovația unei persoane înainte de existența unei hotărâri judecătorești definitive de condamnare.

BIBLIOGRAFIE

- [1] Raportul Ministerul Finanțelor Publice, iulie 2006.
- [2] Cunoașterea drepturilor omului a constituit obiectul preocupărilor la nivel ONU (în 1993 a fost elaborat „Planul de acțiune de la Viena”, urmat de Decada ONU pentru educația în domeniul drepturilor omului în perioada 1995-2004 și de Programul Mondial educația în domeniul drepturilor omului din 2005 până în prezent) și la nivelul Consiliului Europei (ratificarea Convenției Europene pentru Apararea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale în 1993, numeroase recomandări și planuri de acțiune etc).
- [3]<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743277&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>
- [4] 09 Februarie 2008- Realitatea TV- Ziare.com.
- [5] Nu trebuie uitat ca „Primul judecător al Curții este judecătorul național” .
- [6] Norme care prin ratificare devin parte integrantă a legislației naționale.
- [7] Statistica Agentului Guvernamental –ziarul Romania Liberă, 21 iulie 2009.
- [8] Prof. univ. dr. Corneliu Bîrsan, judecătorul României la CEDO, citat de Realitatea TV, 14 iulie 2009.
- [9] Raportul referitor la prezența cazurilor României în atenția CEDO și a Comitetului Miniștrilor al Consiliului Europei, elaborat de Cabinetul Primului Ministru al României în data de 7 mai 2006. O traducere a hotărârilor CEDO cu privire la România este disponibilă la <http://www.csm1909.ro/csm/index.php?cmd=9503>

[10] Prof. univ. dr. Corneliu Bîrsan, judecătorul României la CEDO, Romania Liberă, 24 septembrie 2009 - Ziare.com.

[11] Dragoș Călin, judecător la Curtea de Apel București.

[12] Raportul referitor la prezența cazurilor României în atenția CEDO și a Comitetului Miniștrilor al Consiliului Europei, elaborat de Cabinetul Primului Ministru al României în data de 7 mai 2006.

[13] Dr. Mae-Wan Ho și Prof. Joe Cummins, 09 septembrie 2009,

<http://www.i-sis.org.uk/fastTrackSwineFluVaccineUnderFire.php>.

[14] Prison Planet, Luni, 31 August, 2009 The Flu Case - EMERGENCY UPDATE: French government document details forced mass vaccination plans from September 28th: GPs and hospitals to be excluded. Similar documents believed to be circulating in all WHO member states, French Government Plans Mass Swine Flu Vaccination Program;

[15] Convenția Europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 135 din 31/05/1.

LINGUISTIC HUMAN RIGHTS OF IMMIGRANTS IN EUROPEAN STATES (A CASE STUDY OF THE CZECH REPUBLIC)

SYLVA SVEJDAROVA
(Lancaster University, United Kingdom)

Abstract This article investigates the policy of granting linguistic rights to immigrant minorities in European states. It is based on a research project designed as a case study of the Czech Republic. The methods employed are document analysis and semi-structured qualitative interviews.

The research shows that since the state does not forward any clear-cut policy towards immigrant minorities, their position mostly depends on their own activity. The main reason why some ethnic groups are treated less favourably is their own lack of interest in maintaining their culture.

Keywords: linguistic rights – cultural minority rights - immigrants

Introduction

Linguistic rights include the right to minority language public education and access to learning the majority language, the right to multilingual signs and inscriptions, to public funding for activities promoting minority cultures, and to the use of minority language in contact with state authorities. It is generally agreed that language policies have a great influence on the position of minorities in the state. However, the issue of promotion of immigrant minority languages by the state is immensely complex and still unresolved.

This article is based on a case study of the Vietnamese and Ukrainian immigrant minorities in the Czech Republic (“CR” hereinafter). The two particular communities were chosen because they are similar in size, geographical dispersion, organization as a minority, and the history of their settlement in the territory of the CR. However, Ukrainians are given more advantageous treatment. While neither of these two communities is traditional in the territory, Ukrainians are in some respects treated as such. The methods employed are document analysis and semi-structured qualitative interviews with the leading figures of the two communities.

Part 2 of this article describes the criteria that states use to determine linguistic rights for minorities. The criterion of settlement history (*i.e.* the distinction between traditional and immigrant minorities) is treated on the first place as the most important one. Part 3 examines how the two communities selected for the case study meet these criteria. Part 4 describes the legal and practical treatment of the two communities. Part 5 compares the views of the leaders of the two communities. Part 6 concludes that both international and national legal provisions are unclear and that the extent to which immigrant languages are promoted depends on their own activity and interest in state involvement in their cultural affairs.

Criteria states use to determine linguistic rights for minorities

Sources of the criteria

Policies towards minority languages can be influenced by international obligations derived from international law documents. This section is focused on sources of policies for European states.

Within the framework of the European Union, the Treaty of Rome (1957)¹ contains some provisions on teaching national languages and on working languages of the EU. However, minority languages are not treated. Resolutions of the European Parliament have resulted in the creation of European Bureau for Lesser Used Languages and MERCATOR Network.²

Several documents of the Council of Europe touch upon the topic of linguistic rights. The European Convention on Human Rights (1950)³ makes only a little reference to language rights. The obligations regarding language are limited to practical concerns such as understanding the language of court proceedings and the right to an interpreter. The European Charter for Regional or Minority Languages (1992)⁴ treats linguistic rights in more detail. More abstract language rights such as recognition, promotion, development and maintenance of regional and minority languages are guaranteed. Similarly, the Framework Convention for the Protection of National Minorities (1995)⁵ grants the right to develop one's own culture, and to preserve the elements of national identity, such as language and cultural heritage.

The Organization of Security and Cooperation in Europe has issued two documents concerning linguistic rights: The Oslo Recommendations Regarding the Linguistic Rights of National Minorities (1998)⁶ and The Hague Recommendations Regarding the Education Rights of National Minorities (1996)⁷.

Apart from European instruments, several universal (UN) documents provide basic treatment of linguistic rights. The International Covenant of Civil and Political Rights

¹ Treaty of Rome, 1957. Available at: <<http://www.treatyofrome.com/>>. Access on: 19/01/2009.

² European Bureau for Lesser-Used Languages. EBLUL calls for a legal base for the support of Europe's lesser used languages, 2006. Available at: <http://www.eblul.org/index.php?Itemid=37&id=97&option=com_content&task=view&lang=sv>. Access on 30/01/2009.

³ European Convention on Human Rights, 1950. Available at: <<http://www.hri.org/docs/ECHR50.html>>. Access on: 30/01/2009.

⁴ European Charter for Regional or Minority Languages, 1992. Available at: <<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=148&CL=ENG>>. Access on: 30/01/2009.

⁵ Framework Convention for the Protection of National Minorities, 1995. Available at: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=157&CL=ENG>>. Access on: 30/01/2009.

⁶ Oslo Recommendations Regarding the Linguistic Rights of National Minorities, 1998. Available at: <http://www.osce.org/documents/hcnm/1998/02/2699_en.pdf>. Access on: 30/01/2009.

⁷ Hague Recommendations Regarding the Education Rights of National Minorities, 1996. Available at: <http://www.osce.org/documents/hcnm/1996/10/2700_en.pdf>. Access on: 30/01/2009.

(1966)¹ guarantees the right of persons belonging to minorities to “enjoy their own culture” and to “use their own language”.² The Declaration of the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (1992)³ calls for state policies which enable minorities to develop their culture and language.⁴ More particularly, the Declaration requires states to provide opportunities for minority members to “learn their mother tongue or to have instruction in their mother tongue”.⁵ Finally, the Convention on the Rights of the Child (1989)⁶ guarantees the right of a child to his or her cultural identity and language.⁷ Moreover, the Convention specifically addresses the rights of children belonging to national minorities and grants them the right to enjoy their own culture and to use their own language.⁸

Some documents of UNESCO treat linguistic rights in more detail. The Universal Declaration on Linguistic Rights (1996)⁹ was initiated by UNESCO and signed by an assembly of representatives of non-governmental organizations, experts, PEN centres, and consultant bodies. It advocates detailed guidelines for state policies regarding preserving minority languages and cultural characteristics. At the same time, the Declaration mentions the necessity of access of minority members to the majority language.¹⁰ The Universal Declaration of Cultural Diversity (2001)¹¹ sets out general principles of supporting cultural pluralism and also establishes the respective role of UNESCO.

The UN Office of the High Commissioner for Human Rights has produced the International Convention for the Protection of the Rights of All Migrant Workers and the Members of their Families (1990)¹². The sections relevant to linguistic rights are those on education.

Criterion of settlement history

The history of a minority in a country is an important factor for determining the country’s policy for regulating the respective language. Some international law documents

¹ International Covenant of Civil and Political Rights, 1966. Available at: <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>. Access on: 26/10/2008.

² International Covenant of Civil and Political Rights, 1966, op.cit., Article 27.

³ Declaration of the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities 1992. Available at: <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/d_minori.htm>. Access on: 26/10/2008.

⁴ Ibid., Article 4.2.

⁵ Ibid., Article 4.3.

⁶ Convention on the Rights of the Child, 1989. Available at: <<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/k2crc.htm>>. Access on: 26/10/2008.

⁷ Ibid., Article 29.

⁸ Ibid., Article 30.

⁹ Universal Declaration on Linguistic Rights, 1996. Available at: <<http://www.unesco.org/cpp/uk/declarations/linguistic.pdf>>. Access on: 12/12/2007.

¹⁰ Ibid., Article 13.

¹¹ The Universal Declaration of Cultural Diversity, 2001. Available at: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160m.pdf>>. Access on: 12/10/2008.

¹² International Convention for the Protection of the Rights of All Migrant Workers and the Members of their Families, 1990. Available at: <<http://www.unesco.org/most/lnlaw21.htm>>. Access on: 27/01/2009.

distinguish between traditional and immigrant minorities. Some documents, on the other hand, criticise such a distinction and advocate equal treatment for both kinds of minorities.

Within Europe, the most significant instrument promoting the distinction is the Council of Europe's European Charter for Regional or Minority Languages (1992). The Charter explicitly excludes the languages of immigrants from its scope. According to its Article 1, the definition of minority languages "does not include [...] the languages of migrants".¹

The most noticeable document expressing the opposing view is the Universal Declaration on Linguistic Rights (1996). Article 1 explicitly includes immigrants among language groups. Article 5 criticises the attitude of differentiating between traditional and immigrant minorities by saying that "the rights of all language communities are equal and independent of the legal or political status of their languages as official, regional or minority languages".²

Other criteria

The size of a linguistic group is an important factor for determining the linguistic politics towards the group.³ It is more practicable and efficient for a state to develop the language of a minority whose number is significant. In addition to the count of the linguistic group as such, the number of school-aged children plays an important role in terms of minority language education.

It is easier to develop a language of a group with compact settlement. It is also more efficient for the state to provide such a group with public institutions aimed at the development for the language, such as the possibility of communication with authorities in the language or the use of the language in elections.

A minority's organizational structure is a factor which a state may use to decide which linguistic rights should be granted to a community. A minority's willingness to organise itself shows its interest in cultural rights and active involvement.

How the Vietnamese and Ukrainians in the CR meet these criteria

In terms of settlement history, the Ukrainian community is more traditional. While the first Vietnamese came in the 50's, the first significant influx of Ukrainians happened already at the beginning of the 20th century. However, the groups are similar in the fact that most of their present members arrived in the territory after 1990.

Regarding size, the two ethnic groups are comparable: there are 17 462 legal permanent inhabitants of Vietnamese descent and 22 112 of those of Ukrainian origin. Out of these, the numbers of Czech citizens are nearly the same: about 1 500 of Vietnamese people with Czech citizenship and 1 484 Ukrainian people with Czech citizenship. These two ethnic groups form the largest groups of alien pupils at basic schools, the Vietnamese being the first largest group.

¹ European Charter for Regional or Minority Languages (1992), op. cit., Article 1.

² Universal Declaration on Linguistic Rights (1996), op. cit., Article 5.

³ Wolff, Stefan, *The Comparative Politics of Linguistic Diversity: National and International Dynamics*, Unpublished, 2006, p. 7.

The two ethnic groups are comparable in their compactness of settlement, as both are settled in several large cities. Both have minority civic organizations and the Ukrainian ones are more culture-oriented. The Vietnamese, on the other hand, are more active in issuing minority language press.

Derived from these criteria, it can be concluded that the two groups should be given the same treatment by the state practice. It can be justified to give the Ukrainians more attention since they are more traditional in the territory. On the other hand, it would be righteous to prioritize the Vietnamese in the field of education, because there are more Vietnamese-speaking pupils.

Legal and practical treatment of the Vietnamese and the Ukrainian community

International obligations

The European Charter for Regional and Minority Languages was signed by the Czech Republic in 2000, ratified in 2006, and became legally binding on the 1st of March of 2007. Four languages are protected under Part II of the European Charter for Regional and Minority Languages: German, Polish, Romani, and Slovak. Part III applies to Polish and Slovak.¹

Other minority languages are protected under the Framework Convention for the Protection of National Minorities. According to the Ministry of Interior, these languages include Bulgarian, Croatian, Greek, Hungarian, Russian, Ruthenian, Serbian, and Ukrainian.²

The Ministry of Interior does not mention the legal regime applicable to Vietnamese language. Apparently, Vietnamese is not considered as a significant minority language, as opposed to Ukrainian.

The legal definition of “national minority”

The term “national minority” is defined in the Minority Act.³ The concept is linked to Czech citizenship: national minority is a community of citizens of the Czech Republic who fulfil certain criteria. They differ from other citizens by their common ethnic origin, language, culture, and traditions, they represent a minority of citizens, and they are willing to be considered as a national minority for the purposes of development and preservation of their culture.⁴ Therefore, only those Vietnamese and Ukrainian people who are Czech citizens are considered as a minority in the sense of this Act. They have to acquire Czech citizenship in order to enjoy linguistic rights granted to national minorities.

¹ Ministry of Foreign Affairs. Ministerstvo zahraničí ČR, Report on the signature of the European Charter for regional and minority languages No 15/2007 of the Collection of International Treaties, 2006. Available at: <http://www.sbirka.cz/NOVE/07m015.htm>.. Access on: 26/03/2007.

² Jirasová, M., Pospíšil, M., & Sulitka, A. Česká republika v přípravě na ratifikaci Evropské charty regionálních či menšinových jazyků, 2005. Available at: <http://www.mvcr.cz/casopisy/s/2005/46/tema1.html>., Access on: 25/01/2007.

³ Act on Rights of Members of National Minorities, No 273/2001 of the Collection of Acts (“Coll.” hereinafter).

⁴ Minority Act, s. 2.

The Minority Council

The principal state institution for national minorities is the Minority Council, which is a proactive and consultative body of the Government. The Minority Council is established on the basis of the Minority Act and is regulated by the Council's Statute. Each minority is represented by one to three members, according to the quantity of the minority and their historical and present position. The represented minorities are both traditional and immigrant: Bulgarian, Croatian, German, Greek, Hungarian, Polish, Romani, Russian, Ruthenian, Serbian, Slovak, and Ukrainian.¹ Ukrainians have one representative, while the Vietnamese are not represented.

There is no official procedure which a minority could undertake to become included and there is no written legal source containing the criteria for a minority to be considered. According to Milan Pospíšil, the secretary of the Minority Council, official recognition of a minority fully depends on the Government. A minority becomes included as soon as the Government decides that the minority is "consistent enough in the Czech society". Pospíšil noted that if a community shows consistent pressure, they become represented.²

Legal acts treating minority linguistic rights

The most general treatment of linguistic rights of national minorities is embedded in the Charter³ which is a part of the constitutional legal order. The Charter contains a general non-discrimination clause which applies to members of any national minority. Other relevant provisions of the Charter grant the right to development one's own culture, diffusion and reception of information in mother language, mother tongue education, and the use of one's mother tongue in contact with authorities. These specific provisions refer to implementation acts dealing with linguistic minority rights: the Minority Act, the Education Act, and others.

The Minority Act specifies the details of linguistic rights. A distinction is drawn between national minorities "living traditionally and for a long time in the territory of the Czech Republic"⁴ (i.e. traditional minorities) and other national minorities (i.e. immigrant minorities). All national minorities are entitled to the use of personal names according to the grammatical rules of their language, and they are granted the right to promote their culture, and to diffuse and receive information in their language. In addition, traditional minorities are conferred the right to use multilingual signs and inscriptions, to use minority language in contact with authorities and in elections, to be educated in minority language, to establish minority language private schools, and to be awarded government grants for the promotion of their culture and for diffusion and reception of information in their language. Neither are national minorities of the Czech Republic enumerated in the Minority Act, nor are listed those which are to be considered traditional.

The Education Act⁵ contains detailed provisions on state-administered minority language education. This act is more favourable to immigrant minorities than the Minority

¹ Statute of the Government Minority Council, government decree No. 1034/2001 Coll., s. 3.

² Pospíšil, M. 2007, email.

³ Charter of Fundamental Rights and Freedoms, No 2/1993 Coll.

⁴ Minority Act, s. 8, translation mine.

⁵ Act on Pre-school, Basic, Secondary, Tertiary Professional and Other Education, No

Act: There is no distinction between traditional and other minorities. While the Vietnamese and the Ukrainian minorities are not qualified even for private education according to the Minority Act, they are theoretically qualified for state education along the Education Act, on the assumption that there are adequate numbers of their children.

The right to interpreter in court proceedings is granted to foreign language speakers regardless of membership of a traditional minority and regardless of citizenship. The Charter states that “anybody who declares not to master the language of the proceedings is entitled to have an interpreter.”¹ This right is elaborated in the Code of Civil Procedure:² “The court will appoint an interpreter to the participant whose mother tongue is not Czech, as soon as this need is unfolded.”³ Similar rule is embedded in the Code of Criminal Procedure:⁴ “Anybody who declares not to master Czech language is entitled to use in the proceedings his/her mother tongue or a language he/she claims to master.”⁵

According to both the Minority Act and the Funding Decree, minority language information and education are supposed to be supported by the state in the case of traditional minorities. In fact, the state sponsors diffusion and reception of information in languages of all minorities, including those who entered the territory of the Czech Republic in the 20th century and should not be considered as traditional (*e.g.* Greek, Ukrainian, *etc.*). The list of financed minorities is almost identical with that of minorities represented in the Minority Council and the distinction between traditional and immigrant minorities is apparently blurred. Members of the Vietnamese minority did not apply for any of these grants. However, since their history and position is similar to that of Ukrainians, they should be entitled to the same type of funding.

Comparison of the views of the Vietnamese and Ukrainians in the CR

The aim of interviewing

The purpose of the interviews was to find out how the views of the Vietnamese and Ukrainians differ and to analyze whether the differences in views of the two groups substantiate the differences in their treatment. Minority key figures (Mr. Cau, a president of the Union of the Vietnamese in the CR and Mr. Rajcinec, a leader of the Ukrainian Initiative in the CR) were interviewed because they were able to address the politics of minority organizations and their preferences.

Access to the minority language

The first set of questions related to minority language education and to the access to learning the minority language. The purpose was to find out whether the minorities are interested in maintaining their language and in state involvement in these affairs.

561/2004 Coll.

¹ Charter of Fundamental Rights and Freedoms , Article 37, para. 4, translation mine.

² Code of Civil Procedure, No 99/1963 Coll.

³ Ibid., section 18, translation mine.

⁴ Code of Criminal Procedure, No 141/1961 Coll.

⁵ Code of Criminal Procedure, s. 2, translation mine.

The Vietnamese seem less interested in minority language education than Ukrainians. The Vietnamese are mostly concerned about adapting to Czech culture and succeeding in the majority society. Ukrainians see more value in maintaining their language.

Access to the majority language

Secondly, the interviewees were asked whether they thought that minority members should have more access to learning Czech.

Both communities expressed needs for more opportunities of learning Czech. However, while the Vietnamese appeared interested because they want to settle permanently and succeed in the majority society, Ukrainians seemed more interested in relieving the situation of temporary guest workers.

Organizing cultural events for the Czech majority

This set of questions was based on the fact that the Vietnamese tend to organise less cultural events than Ukrainians. Ukrainians also often receive state funding for their activities, while the Vietnamese do not. The aim was to explore the reason for such inactivity of the Vietnamese. One possible explanation is that the Vietnamese are not interested in maintaining their culture, presenting it to the mainstream, and incorporating it into the Czech society. It is imaginable that Czechs are more interested in the culture of Ukrainians and other ethnic groups of European descent than in Asian cultures which appear more alien in the Czech society.

Neither of the two communities tends to organise cultural activities for Czechs. Ukrainians appear to be more confident about this, as they admit it openly.

The rights of traditional minorities

According to the Minority Act, certain rights are specifically reserved for the minorities which have lived in the territory of the Czech Republic traditionally and for a long time. These rights include minority language signs and inscriptions and the right to use minority languages with authorities, for elections, *etc.* However, in the state's practice, these rights are often enjoyed even by ethnic groups which can hardly be counted as traditional. The third set of questions was aimed at finding out whether the minorities have encountered any practical problems arising from the legal distinction between traditional and immigrant minorities.

Neither of these two groups perceived it as a problem that they do not have these rights. Both leaders stated that their organizations had more serious problems. However, these problems were of different kinds. The Vietnamese are striving for being recognised as a minority, which is a basic presupposition for the enjoyment of minority rights, including those which serve symbolic recognition rather than practical purposes. Ukrainians, on the other hand, are more interested in rights that would ease practical difficulties. Even though they are, contrastingly to the Vietnamese, on the level where they could strive for symbolic rights, they are not interested.

Representation in the Minority Council

Ukrainians, as opposed to the Vietnamese, are represented in the Minority Council. This can make state funding for cultural rights more accessible to them. Mr. Cau was asked whether he would like the Vietnamese to be represented. Mr. Rajčinec was asked whether Ukrainians are satisfied with this form of representation or whether they would prefer some other form.

The Vietnamese find representation useful and they would like to be represented. Ukrainians, who actually are represented, do not find their representation useful. They evaluate the Council as slow and inefficient.

Conclusion

The minority policy in the Czech Republic is ambiguous, similarly to the situation of international and European law. No consensus has so far been reached concerning linguistic rights of immigrant minorities. The laws regulating minority linguistic rights are vague and their interpretation is inconsistent. Since the state does not forward any clear-cut position towards immigrant minorities, their position mostly depends on their own activity. The comparison of the views of leaders of the two most significant immigrant minorities yields that the main reason why some ethnic groups are treated less favourably is their own inactivity and lack of interest in maintaining their culture.

ASPECTE PRIVIND JURISPRUDENȚA ÎN DOMENIUL VIOLENȚEI ÎN FAMILIE

MIRCEA HOTOBOC
avocat - Baroul Hunedoara

Domestic violence has different forms and refers to acts of violence between spouses or partners, between parents and children or close relatives. Such deeds are crimes as they regard values and social relations protected by law and require the intervention of the state. But the civil rights and duties of the parties can not be ignored, and the rights should be protected, especially since they may be used as means of oppression.

Keywords: domestic violence; European Court of Human Rights; family life; jurisprudence

Pornind de la definiții nominale, bazate pe înscrierea violenței în familie în sfera drepturilor omului, se tinde spre formularea unor definiții operaționale, care pot fi folosite în elaborarea unor texte de legi și a altor prevederi specifice în cadrul strategiilor existente în politicile sociale.

Violența care are loc în familie nu se desfășoară doar între partenerii cuplului. Oricare dintre membrii familiei pot fi agresor sau victimă, uneori și agresor și victimă:

- femeile sunt cu precădere victimele violenței în cuplu, iar în funcție de relațiile ce se stabilesc între partenerii cuplului, interacțiunile violente sunt destul de diferite: de la agresiuni verbale la violul marital;

- vârstnicii pot deveni victime în familie atunci când se exercită asupra lor abuzuri fizice, abuzuri emoționale, sau când este vorba despre exploatare financiară ori violarea drepturilor;

- copii devin victime prin exercitarea directă a violenței asupra lor, dar și ca spectatori ai violenței îndreptate spre ceilalți membri ai familiei;

- persoanele cu handicap fizic sau mintal pot deveni cu ușurință victime ale violenței în familie.

Lupta contra violenței conjugale constituie o preocupare comună pentru toate țările europene astfel că de-a lungul anilor, a impus reforme legislative în majoritatea țărilor, ceea ce a avut ca rezultat o bogată jurisprudență.

Convenția Europeană a Drepturilor Omului (denumită în continuare “Convenția”) stabilește pentru statele semnatare obligația de a garanta persoanelor exercițiul deplin al drepturilor fundamentale consacrate de textul Convenției. Curtea Europeană a Drepturilor Omului are ca misiune verificarea conformității acțiunilor statelor membre cu prevederile Convenției. Principiile generale conținute de Convenție au fost extinse printr-o jurisprudență constructivă, unele din ele găsindu-și aplicare și în cauzele ce implică violența în familie.

Potrivit jurisprudenței Curții, statele membre au o obligație negativă de a nu împiedica exercițiul deplin al drepturilor fundamentale, și o obligație pozitivă de a lua măsurile necesare pentru a garanta o protecție efectivă a acestor drepturi. Principiul jurisprudențial

al obligațiilor pozitive e aplicabil acelor articole din Convenție care au relevanță în această materie, respectiv articolele 2, 3 și 8 ale Convenției.

Din interpretarea articolului 2 al Convenției (dreptul la viață) pe cale jurisprudențială a rezultat obligația pozitivă a statelor de a lua toate măsurile necesare pentru a garanta protecția efectivă a dreptului la viață prin adoptarea unei legislații penale eficiente și prin asigurarea unor mecanisme de aplicare a acestei legislații; aceasta ar trebui să descurajeze săvârșirea faptelor ce ar putea pune în pericol viața unei persoane. În cauzele de violență în familie, principiul se reflectă în obligația statelor de a asigura protecția necesară potențialelor victime, în special prin consacrarea legislativă a ordinului de restricție, și de a garanta aplicarea efectivă a legislației, prin intermediul organelor de ordine.

În cauza *Osman c. Marii Britanii* (CEDO, *Osman c. Marii Britanii*, decizia din 28 octombrie 1998) Curtea a afirmat ca autoritățile statului au obligația, în situații precise, să ia măsuri preventive pentru a proteja persoana a cărei viață este amenințată prin acțiunile criminale ale altei persoane. În speță, un elev fusese hărțuit de un profesor, iar familia elevului făcuse numeroase plângeri la poliție, care a intervenit de mai multe ori, fără rezultat. În cele din urmă, acesta l-a rănit pe elev și i-a ucis tatăl. Curtea a considerat că poliția făcuse tot ce se putea aștepta în mod rezonabil pentru a preveni un risc real și imediat asupra vieții elevului. Cauza afirmă principiul general că statele trebuie să ia măsuri concrete pentru a proteja viața persoanelor, ceea ce face să fie relevantă chiar dacă nu implică în mod direct violența în familie.

De asemenea, statele au obligația pozitivă de a conduce o anchetă oficială efectivă, chiar și în situația în care moartea victimei a fost cauzată de o persoană privată și nu de autoritățile statului (CEDO, *Alex Menson și alții c. Marii Britanii*, decizia de admisibilitate din 6 mai 2003, *Akkoç c. Turciei*, decizia din 10 octombrie 2000).

Din interpretarea articolului 3 al Convenției (interdicția torturii și a tratamentelor inumane și degradante) pe cale jurisprudențială a rezultat obligația pozitivă a statelor de a lua toate măsurile necesare pentru a asigura o protecție efectivă a oricărei persoane împotriva torturii sau a tratamentelor inumane ori degradante. Aceasta include și obligația de a adopta o legislație penală care sancționează asemenea fapte și de a garanta aplicarea efectivă a acestei legislații prin proceduri și anchete penale.

În cauzele *A. c. Marii Britanii*, *Z. și alții c. Marii Britanii* și *E. c. Marii Britanii* (CEDO, *A. c. Marii Britanii*, decizia din 23 septembrie 1998, *Z. și alții c. Marii Britanii*, decizia din 10 mai 2001, *E. c. Marii Britanii*, decizia din 26 noiembrie 2002), Curtea a constatat că există o violare a articolului 3 al Convenției pentru că autoritățile britanice nu au luat nici o măsură de protecție pentru patru copii minori care, timp de patru ani, au fost supuși relelor tratamente de către părinții lor. Astfel, obligația pozitivă își găsește aplicare și în cazul în care actele de tortură sau rele tratamente sunt cauzate de persoane private. În cauzele menționate anterior, Curtea a decis că statul britanic avea obligația de a dispune plasarea copiilor într-un centru de plasament pentru că serviciile de asistență socială britanice au fost informate de relele tratamente la care erau supuși acești copii.

Curtea, în mod constant, a statuat că, în anumite situații, articolul 3 impune statelor o obligație pozitivă de a desfășura o anchetă oficială și că o asemenea anchetă nu poate fi limitată în principiu la cazurile în care relele tratamente sunt rezultatul acțiunilor agenților statului. Subliniem că în cauza *Pantea c. României* (CEDO *Pantea c. României*, decizia din 3 iunie 2003), reclamantul fusese lovit în detenție de doi colegi de celulă, iar personalul penitenciar nu a intervenit în nici un mod și nu a fost realizată nici o anchetă efectivă, așa

cum cere Convenția. Printr-o altă hotărâre, *Caliskan c. Turcia* din 2 octombrie 2007, CEDO a stabilit că orice uz de violență nejustificat din partea unui organ de ordine este contrar demnității umane și articolului 3. În fapt, reclamanta a fost dusă la sediul poliției pentru a fi ascultată într-un dosar penal în care era acuzată de o infracțiune minoră. Acolo s-a întâlnit cu un comisar de poliție cu care avea un conflict mai vechi, soldat cu o plângere penală depusă de reclamantă. Cei doi s-au insultat, în împrejurări rămase neclare, iar comisarul de poliție a lovit-o pe reclamantă, acesteia producându-i-se un hematom pe mână de circa 7-8 cm și o urmă de lovire pe față. Curtea a considerat că, indiferent dacă scandalul a fost început de reclamantă, atunci când o persoană aflată în stare de detenție sau aflată sub controlul poliției este lovită de un agent al acesteia fără ca uzul de forță să fie justificat de imperative de securitate există o atingere adusă demnității umane, astfel încât articolul 3 a fost violat.

Potrivit jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, conceptul de anchetă oficială presupune obligația de diligență a statelor membre de a lua toate măsurile necesare pentru a identifica și trage la răspundere persoanele responsabile.

Interpretarea articolului 3 al Convenției nu include în mod necesar condamnarea agresorului, ci identificarea și tragerea la răspundere a persoanelor responsabile prin intermediul unei anchete efective. Autoritățile statului trebuie să pună mijloace legale efective de acțiune la dispoziția oricărei persoane care depune plângere și prezintă amănunte credibile că a fost victima unor tratamente contrare articolului 3. În lipsa unei asemenea plângeri, ancheta trebuie deschisă din oficiu dacă autoritățile au indicii suficiente și precise că o persoană a fost supusă torturii sau relexor tratamente. Principiul anchetei efective are relevanță în acest context, mai ales din perspectiva Codului român de procedură penală care prevede posibilitatea sesizării organelor judiciare și din oficiu în cazul unor infracțiuni grave care pot avea legătură cu violența în familie.

Conform interpretării date de Curte articolului 8 al Convenției (Dreptul la respectarea vieții de familie și private), statele au obligația negativă de a se abține de la orice ingerință în viața privată și de familie a unei persoane dacă această ingerință nu este conformă alineatului 2 al articolului 8. Ingerința în viața privată sau de familie este posibilă doar în situații excepționale; aceasta trebuie să fie prevăzută de lege și necesară într-o societate democratică pentru securitatea națională, siguranța publică sau bunăstarea economică a țării, pentru prevenirea dezordinii și a crimei, pentru protecția sănătății și a moralei publice sau pentru protecția drepturilor și libertăților celuilalt.

De asemenea, statele au obligația pozitivă de a garanta dreptul la respectul vieții private și de familie chiar și în sfera relațiilor private. Din soluția Curții în cauza *Airey c. Irlandei* (CEDO, *Airey c. Irlandei*, decizia din 9 octombrie 1979) se poate trage concluzia că, în conformitate cu articolele 3 și 8 ale Convenției, statele membre au obligația pozitivă de a garanta o protecție efectivă împotriva violenței în familie. În speță, Curtea a constatat că prevederile legale irlandeze care o împiedicau pe reclamanta lipsită de mijloace financiare să beneficieze de asistența juridică în timpul procedurilor de divorț violau articolul 8, întrucât aceasta necesita protecție față de soțul alcoolice și violent.

Violența domestică a fost analizată și în cauza *Whiteside c. Marii Britanii* (Comisia Europeană a Drepturilor Omului, *Whiteside c. Marii Britanii*, decizia din 7 martie 1994), care a fost declarată inadmisibilă de către fosta Comisie Europeană a Drepturilor Omului. În această speță, Comisia nu a reținut argumentele reclamantei și a constatat că dreptul britanic îi pune la dispoziție mijloace legale pe care aceasta nu le epuizase așa cum cere

Convenția. Reclamanta susținea că dreptul britanic nu îi pune la dispoziție nici un mijloc legal de a se proteja de fostul partener care o hărțuia în mod constant. Comisia a confirmat jurisprudența Curții prin care statele erau obligate să garanteze exercitarea efectivă a drepturilor afirmate de Convenție, ceea ce implică adoptarea unor măsuri concrete chiar și în sfera relațiilor private. Comisia a reamintit că responsabilitatea statului ca urmare a obligației pozitive de a garanta dreptul persoanei la respectarea vieții private poate fi angajată având în vedere nivelul la care ajunge hărțuirea în asemenea situații și care poate consta în agresiune verbală sau fizică, distrugerea bunurilor sau urmărirea.

Articolul 8 al Convenției face referire la noțiunea de *viață de familie*. Sfera de aplicare a acestei noțiuni are relevanță în materia violenței în familie, pentru că interpretarea extensivă pe care o dă Curtea lărgeste sfera persoanelor care pot fi considerate victime sau agresori în cauzele de violență în familie. Conceptul de *viață de familie* a evoluat progresiv, iar Curtea a interpretat întotdeauna flexibil noțiunea, spre deosebire de unele definiții din legislația internă a statelor.

Curtea ia în considerare evoluția moralei publice, structura familiei moderne, implicațiile unui divorț sau noile descoperiri medicale. Căsătoria nu este o condiție strict necesară pentru ca articolul 8 să devină aplicabil, dacă o familie constituită în urma căsătoriei este întotdeauna protejată de acesta. Cauza Johnston c. Irlandei (CEDO, Johnston c. Irlandei, decizia din 18 decembrie 1986) a stabilit că și cuplurile necăsătorite care locuiesc împreună cu copii se bucură de viață de familie în sensul articolului 8, cu condiția ca relația să fie una stabilă și să nu se deosebească de familia tradițională bazată pe căsătorie. În plus, conviețuirea nu este o condiție *sine qua non*, iar membrii de familie care nu locuiesc împreună, ca urmare a unui divorț, a unei separații în fapt sau a unui alt aranjament, se pot totuși bucura de protecția oferită de articolul 8 (CEDO, Berrehab c. Olandei, decizia din 21 iunie 1998 - care se referă la un divorț - sau Kroon și Ors c. Olandei, decizia din 27 octombrie 1994 - care are în vedere un cuplu de fapt). În astfel de cauze Curtea analizează în detaliu toate circumstanțele pentru a stabili dacă situația de fapt se regăsește în sfera de aplicare a articolului 8. Totuși, jurisprudența este constantă în ceea ce privește relația dintre părinte și copilul său, (CEDO, Boughanemi c. Franței, decizia din 24 aprilie 1996 - în care nu există o conviețuire - sau Söderbäck c. Suediei, decizia din 28 octombrie 1998 - care se referă la adopție), iar Curtea se bazează pe prezumția că articolul 8 se aplică automat unei astfel de relații, indiferent de natura ei. Curtea a considerat în cauza X, Y și Z c. Marii Britanii că o relație dintre un transsexual și copilul născut în urma unei inseminări artificiale se constituie în viață de familie; Curtea și-a fondat decizia pe faptul că această relație nu se deosebea cu nimic de una bazată pe familia tradițională.

De asemenea articolul 8 este aplicabil în cauzele referitoare la executarea deciziilor instanțelor naționale cu privire la încredințarea copiilor minori. Pe cale jurisprudențială, sfera de aplicare a articolului 8 a fost extinsă pentru a permite părintelui căruia i-a fost încredințat copilul minor să beneficieze de asistența statului în vederea exercitării drepturilor părintești în conformitate cu decizia judecătorească de încredințare. Obligația pozitivă în sarcina statului impune adoptarea unui cadru legal eficace cu privire la procedura de punere în executare a deciziilor judecătorești.

În cauza Ignaccolo-Zenide c. României (CEDO, Ignaccolo-Zenide c. României, decizia din 25 ianuarie 2000), Curtea a stabilit că în asemenea cazuri, este nevoie de o intervenție statală de urgență. Procedurile privind exercițiul drepturilor părintești, inclusiv cele de punere în executare a deciziilor judecătorești irevocabile trebuie să aibă loc în

regim de urgență, trecerea timpului putând avea consecință ireparabilă asupra relației dintre părinte și copil dacă aceștia nu locuiesc împreună. Chiar dacă a fost emisă o ordonanță președințială, Curtea a constatat că statul român a violat articolul 8 pentru că intervenția statală nu a fost rapidă.

Violența în familie reprezintă una dintre cele mai grave probleme sociale cu care se confruntă societatea contemporană; potrivit principiului prevenirii săvârșirii actelor de violență în familie, identificarea și înlăturarea în timp util a cauzelor apariției actelor de violență în familie sunt prioritare și imperative.

BIBLIOGRAFIE

1. Raluca Miga Beșteliu, Catrinel Brumar – „Protecția internațională a drepturilor omului. Note de curs”, ediția a 4-a, editura Universul Juridic, București, 2009;
2. Corneliu Bîrsan – „Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole”, vol. I, editura All Beck, București, 2005;
3. Corneliu Bîrsan – „Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole”, vol. II, editura All Beck, București, 2006;
4. <http://www.echr.coe.int/echr>.

CONSIDERAȚII ÎN LEGĂTURĂ CU MĂSURILE EDUCATIVE – COMPONENTĂ IMPORTANTĂ A SISTEMULUI SANȚIONATOR APLICABIL MINORILOR

VERONICA GAL

Drd. Procuror la Parchetul de pe lângă Judecătoria Petroșani

The sanctioning system of penology applicable to the under age children in the Romanian legislation is a mixed one, made up of educational measures and punishments. The educational measures are a dominant protective type and they can be applied to the under age child that has committed a felony, aiming at his education and re-education. In the new Penal Code the Romanian law giver made provisions only regarding educational measures, measures divided into two categories: with and without confinement.

Cuvinte cheie: minori, sancțiuni, drept penal, măsuri educative, Cod penal

1. ASPECTE INTRODUCTIVE

Sistemul sancționator aplicabil minorilor infractori reglementat de actualul Cod penal este unul mixt format din măsuri educative și pedepse, acestea aplicându-se numai dacă se consideră că luarea unei măsuri educative nu este suficientă pentru îndreptarea minorului. Prioritatea măsurilor educative reprezintă un principiu de bază în legislația română actuală.

Aplicarea unor pedepse față de minorii care comit fapte deosebit de grave și prezintă pericol social ridicat este adesea necesară, dar grija legiuitorului român este ca, în primul rând să-i reeduce și numai în ultimă instanță să-i sancționeze.

Din cele mai vechi timpuri legiuitorii au acordat o atenție deosebită minorilor infractorii, iar reglementări privind regimul de reeducare a minorilor au existat chiar în dreptul antic. Astfel, în Grecia antică minorii beneficiau de un tratament special. Platon arată că un copil putea fi exilat pe timp de un an, iar în cazul în care nu respecta termenul acesta se transforma în pedeapsa cu închisoarea pe timp de doi ani. Aristotel scrie că minorul se pedepsea numai în caz de omucidere cu voință. [1]

În dreptul roman s-a prevăzut că până la vârsta de 7 ani, minorul era considerat incapabil și nu răspundea penal. Între 7-14 ani răspundea numai dacă a comis fapta cu pricepere, la 18 ani era considerat la vârsta tinereții pline și numai la vârsta de 25 ani era asimilat cu adultul. [2]

Primele legiuri românești, care se referă la minori, au fost „Cartea Românească de Învățătură” a lui Vasile Lupu (de la 1646) în Moldova și „Îndreptarea Legii” a lui Matei Basarab (de la 1652) în Muntenia în care minoritatea este tratată printre cauzele care înlătură pedeapsa sau o micșorează. Făptuitorilor mai tineri de 25 ani li se aplica bătaia prin târg cu biciul sau toiegele ori loviturile cu nuiile, dar în cazul săvârșirii unor fapte grave ei erau sancționați la fel ca majorii. [3]

Sub influența dreptului roman, primele reglementări românești mențin ideea unor limite de vârstă pentru angajarea răspunderii penale diferențiată pe sexe.

Reglementări complexe ale regimului minorilor infractori au fost prevăzute în „Condica Criminalistică” a lui Ion Sandu Sturdza din 1826, care s-a aplicat în Moldova și „Condica Criminală” a lui Barbu Știrbei intrată în vigoare în anul 1852 în Țara Românească. Conform acestei din urmă legi, limita de vârstă de la care începea răspunderea penală a minorilor era de 8 ani, iar între 8-15 ani minorii erau pedepsiți cu închisoarea numai dacă săvârșeau fapta „cu pricepere”, caz în care pedeapsa se executa într-o mănăstire, iar locul de executare era ales în funcție de gravitatea faptei. Dacă se dovedea că „au lucrat cu pricepere și fără cugetare” ei erau încredințați părinților în supraveghere, iar aceștia răspundeau din punct de vedere civil pentru copiii lor.[4]Astfel, apare instituția încredințării minorului delincvent, instituție care, ulterior a evoluat.

Codul penal din 1864 stabilește limitele răspunderii penale pe trei perioade:

- anterior vârstei de 8 ani minorul nu răspunde penal;
- între 8 și 15 ani minorul răspundea penal dacă se dovedea că a acționat „cu pricepere”, minoritatea constituind o stare de atenuare a pedepsei, și prezumția relativă a lipsei de „pricepere”. Dacă această prezumție nu era răsturnată, minorul infractor era încredințat părinților spre supraveghere sau trimis la mănăstire;
- între 15 și 20 de ani minorul răspundea penal, minoritatea reprezentând o stare de atenuare a pedepsei.

Codul penal din 1936 înlocuiește criteriul discernământului cu cel al priceperii și stabilește vârsta majoratului la 19 ani, precizând că anterior vârstei de 14 ani minorul nu răspundea penal, între 14 și 19 ani răspundea penal dacă se dovedea că a acționat la data comiterii faptei cu discernământ. Prin Legea din 24 septembrie 1938 [5] s-au înlocuit noțiunile de copil și adolescent cu aceea de minor, s-a coborât vârsta de la care se răspunde penal de la 14 la 12 ani și a majoratului penal de la 19 la 18 ani, iar între 15 și 18 ani minorul răspunde penal, minoritatea fiind o cauză de atenuare a pedepsei.

Cadrul legislativ referitor la primele instituții de reeducare a minorilor a fost creat prin Legea privitoare la regimul închisorilor din 1 februarie 1874, care prevedea în art. 24 „nevârstnicii condamnați vor fi închiși în case speciale care vor purta numele de case de educație corecțională”. Această lege accentuează necesitatea separării condamnaților în închisori, fiind internați în primele case de educație corecțională minorii cu vârste cuprinse între 8-15 ani, care în urma soluționării procesului erau dovediți vinovați, dar nu răspundeau penal deoarece au comis fapta fără discernământ, precum și cei deținuți în virtutea Codului civil, în temeiul dreptului de corecțiune părintească [6].

Regimul internării minorilor avea la bază o disciplină severă și obligația de a munci la câmp sau în ateliere, iar noaptea erau supuși sistemului celular. După apariția cadrului legislativ de înființare a instituțiilor de corecție pentru minori, societatea civilă, în colaborare cu biserica și sub supravegherea autorităților publice, a dus campanii de înființare a școlilor speciale pentru copiii cu purtări rele. Aceste școli s-au dovedit a fi cu totul insuficiente față de nevoile reale existente. Cele mai multe dintre ele au avut o existență efemeră, fiind lipsite atât de mijloace materiale necesare, cât și de o îndrumare științifică și personal specializat. Din toate aceste motive măsurile educative prevăzute în noua legislația penală nu și-au atins scopul avut în vedere de către legiuitor în noul curent de politică penală.

Codul penal del 1968 completează aspectul intelectual al răspunderii penale cu cel volitiv, stabilind că anterior vârstei de 14 ani minorul nu răspunde penal, că între 14 și 16

ani minorul răspunde penal numai dacă a comis fapta cu discernământ, iar între 16 și 18 ani minorul răspunde penal.

Regimul sancționator al minorilor a fost modificat prin Decretul nr. 218/1977, privind unele măsuri tranzitorii referitoare la sancționarea și reeducarea prin muncă a unor persoane care au comis fapte prevăzute de legea penală și s-a instituit un sistem de sancționare pentru minori alcătuit numai din măsuri educative.

Decretul nr. 218/1977 a fost abrogat la 1 octombrie 1992, prin Legea nr. 104/1992 [7], revenindu-se la sistemul mixt de sancționare, fiind repus în vigoare sistemul sancționator prevăzut de Codul penal intrat în vigoare la 1 ianuarie 1969, care, de asemenea a fost supus unor diverse modificări. În practica judiciară au existat probleme în legătură cu sancționare a infracțiunilor comise înainte de abrogarea Decretului nr. 218/1977. Astfel, instanța supremă [8] a considerat că o infracțiune deosebit de gravă săvârșită de un minor înainte de abrogarea Decretului nr. 218/1977, dar judecată ulterior, va fi sancționată potrivit art. 3 din acel decret, prin trimitere într-o școală specială de muncă și reeducare, aceasta fiind legea penală mai favorabilă, în raport cu dispozițiile din Codul penal care prevăd pentru asemenea fapte pedeapsa închisorii. Potrivit art. 13 Cod penal, în cazul în care până la judecarea definitivă a cauzei au intervenit mai multe legi penale, se aplică legea mai favorabilă. La stabilirea acestei situații trebuie avut în vedere că, pentru minorii care au, săvârșit fapte deosebit de grave prevăzute de legea penală, Decretul nr. 218/1977 prevedea măsuri educative, în timp ce Codul penal sancționează astfel de fapte, potrivit art. 109, cu închisoare.

2. ANALIZA MĂSURILOR EDUCATIVE ÎN ACTUALUL COD PENAL

În legislația română măsurile educative care se pot lua față de minorul care răspunde penal sunt prevăzute în art. 101 Cod penal, respectiv: muștrarea, libertatea supravegheată, internarea într-un centru de reeducare și internarea într-un institut medical-educativ.

MUȘTRAREA

Muștrarea, cea mai ușoară dintre măsurile educative, este reglementată de articolul 102 Cod penal, astfel:

„Măsura educativă a muștrării constă în dojenirea minorului, în arătarea pericolului social al faptei săvârșite, în sfătuirea minorului să se poarte în așa fel încât să dea dovadă de îndreptare, atrăgându-i-se totodată atenția că dacă va săvârși din nou o infracțiune, se va lua față de el o măsură mai severă sau i se va aplica o pedeapsă”.

Considerăm că pentru a putea aplica această măsură educativă judecătorul trebuie să cunoască persoana și conduita minorului infractor, aspecte care rezultă din referatul de evaluare ce este întocmit în cauză de Serviciul de Probațiune de pe lângă tribunalul de la domiciliul minorului, precum și din administrarea altor mijloace de probă. Prin urmare, aplicarea măsurii educative a muștrării necesită atenție din partea judecătorului și are un impact direct asupra minorului, determinându-i comportamentul său viitor.

Apreciem că există o similitudine între această măsură educativă și sancțiunea administrativă reglementată de art. 91 alin.1 lit. a Cod penal. Această din urmă sancțiune se aplică, de regulă, de procuror la finalul fazei de urmăririi penale, când sunt aplicabile dispozițiile ar. 18¹ Cod penal. Există, însă și o deosebire fundamentală între cele două,

respectiv în cazul măsură educative a muștrării fapta este infracțiune, pe când în situația muștrării ca sancțiune administrativă, fapta nu prezintă gradul de pericol social al unei infracțiuni.

În practica judiciară [9] s-a stabilit că în raport de circumstanțele în care infractorul minor a participat la comiterea infracțiunii, cât și de datele ce caracterizează persoana și familia sa, se apreciază că este îndestulătoare măsura educativă a muștrării, care este de natură să asigure îndreptarea celui în cauză. Dispozițiile art. 100 Cod penal conduc la concluzia că măsurile educative constituie regula, iar pedepsele excepția. În alegerea măsurii educative trebuie să se țină cont de pericolul social al faptei, starea fizică a infractorului minor, dezvoltarea sa intelectuală și morală, mediul familial în care trăiește.

Executarea acestei măsuri se face potrivit art. 487 Cod de procedură penală în ședința în care s-a pronunțat hotărârea. Când, din orice împrejurări, măsura muștrării nu poate fi executată de îndată după pronunțare, se fixează un termen pentru când se dispune aducerea minorului, citându-se totodată părinții, ori dacă este cazul, tutorele sau curatorul ori persoana în îngrijirea sau supravegherea căreia se află minorul. Prin urmare, prin excepție de la principiul potrivit căruia declararea apelului este de natură a suspenda executarea, măsura educativă a muștrării se pune în executare imediat după pronunțare, eventual chiar în aceeași ședință. Din punctul nostru de vedere punerea în executare a muștrării după pronunțare, înainte de rămânerea definitivă a hotărârii, în condițiile exercitării căii de atac de către alte părți din proces, are un impact negativ asupra psihicului minorului și îi creează o stare de nesiguranță, fiind nevoit să se prezinte în fața unei instanțe superioare. De aceea, considerăm că se impune modificarea art. 487 Cod de procedură penală, în sensul că măsura educativă a muștrării să se execute după rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești.

LIBERTATEA SUPRAVEGHEATĂ

Măsura educativă a libertății supravegheate este prevăzută în art. 103 Cod penal:

(1) "Măsura educativă a libertății supravegheate constă în lăsarea minorului în libertate timp de un an, sub supraveghere deosebită. Supravegherea poate fi încredințată, după caz, părinților minorului, celui care l-a adoptat sau tutorelui. Dacă aceștia nu pot asigura supravegherea în condiții satisfăcătoare, instanța dispune încredințarea supravegherii minorului, pe același interval de timp, unei persoane de încredere, de preferință unei rude mai apropiate, la cererea acesteia, ori unei instituții legal însărcinate cu supravegherea minorilor.

(2) Instanța pune în vedere, celui căruia i s-a încredințat supravegherea, îndatorirea de a veghea îndeaproape asupra minorului, în scopul îndreptării lui. De asemenea, i se pune în vedere că are obligația să înștiințeze instanța de îndată, dacă minorul se sustrage de la supravegherea ce se exercită asupra lui sau are purtări rele ori a săvârșit din nou o faptă prevăzută de legea penală.

(3) Instanța poate să impună minorului respectarea uneia sau mai multora din următoarele obligații:

- a) să nu frecventeze anumite locuri stabilite;
- b) să nu intre în legătură cu anumite persoane;

c) să presteze o activitate neremunerată într-o instituție de interes public fixată de instanță, cu o durată de 50 și 200 de ore, de maximum 3 ore pe zi, după programul de școală, în zilele nelucrătoare și în vacanță.

(4) Instanța atrage atenția minorului asupra consecințelor comportării sale.

(5) După luarea măsurii libertății supravegheate, instanța încunoștințează școala unde învață sau unitatea unde este angajat și, după caz, instituția în care prestează activitatea stabilită de instanță.

(6) Dacă înăuntrul termenului prevăzut în alin. (1) minorul se sustrage de la supravegherea ce se exercită asupra lui sau are purtări rele, ori săvârșește o faptă prevăzută de legea penală, instanța revocă libertatea supravegheată și ia față de minor măsura internării într-un centru de reeducare. Dacă fapta prevăzută de legea penală constituie infracțiune, instanța ia măsura internării sau se aplică o pedeapsă.

(7) Termenul de un an prevăzut în alin. (1) curge de la data punerii în executare a libertății supravegheate”.

Astfel, spre deosebire de mustrare, care este irevocabilă și nu are o acțiune de durată, libertatea supravegheată este revocabilă și presupune o acțiune de supraveghere care se desfășoară în timp.

Legiuitorul nu a precizat condițiile în care se aplică această măsură educativă, instanța de judecată apreciază, ținând cont în fiecare caz în parte, de modalitatea de comitere a infracțiunii, de urmarea produsă, de gradul de pericol social concret al faptei, de cauzele care au determinat minorul să comită fapta, de maturitatea psihică a acestuia și dacă mediul din care provine a avut o influență negativă, fiind propriu sau impropriu dezvoltării și educării sale.

Unele instanțe [10] au considerat că minorilor care au comis o infracțiune gravă, cum ar fi, de exemplu, infracțiunea de tâlhărie, li se poate aplica măsura educativă a libertății supravegheate, deoarece provin din familii organizate, care le pot supraveghea comportamentul, astfel încât să prevină comiterea altor fapte penale.

Alte instanțe [11] au stabilit că la vârsta de 17 ani minorul este suficient de matur pentru a putea aprecia consecințele faptelor sale, supravegherea părintelui nemaifiind eficientă, astfel încât pentru săvârșirea infracțiunii de tâlhărie se impune aplicarea unei pedepse.

S-a mai precizat în practica judiciară [12] că aplicarea acestei măsuri educative nu este în măsură să asigure reeducarea unui minor care nu învață, nu are nici o ocupație și a comis mai multe infracțiuni de furt calificat împreună cu alți minori infractori.

În privința vârstei pe care trebuie să o aibă minorul pentru a i se putea aplica măsura educativă a libertății supravegheate, deși legiuitorul nu prevede expres acest lucru, din dispozițiile art. 103 Cod penal rezultă că vârsta minorului să nu depășească 17 ani, la data pronunțării hotărârii. În acest sens s-a pronunțat practica judiciară [13]. Considerăm că luarea măsurii educativă a libertății supravegheate, la data pronunțării hotărârii, față de un minor care va deveni major în cursul termenului de supraveghere ar însemna lipsa de eficiență a acestei măsuri, deoarece persoanele cărora li s-a încredințat supravegherea au drepturi legate de capacitatea de exercițiu restrânsă a minorului, pentru a-și aduce la îndeplinire obligațiile care le revin.

INTERNAREA ÎNTR-UN CENTRU DE REEDUCARE

Conform art. 104 Cod penal „ Măsura educativă a internării într-un centru de reeducare se ia în scopul reeducării minorului, căruia i se asigură posibilitatea de a dobândi învățătura necesară și o pregătire profesională potrivit cu aptitudinile sale. Măsura internării se ia față de minorul în privința căruia celelalte măsuri educative sunt neîndeștătoare”.

Prin urmare, această măsură educativă este o sancțiune privativă de libertate, se aplică minorilor care au comis fapte penale ce nu pot fi considerate prea ușoare și urmărește reeducarea acestora.

În literatura juridică [14] s-a menționat că reeducarea se realizează prin posibilitățile ce sunt asigurate minorului internat de a dobândi, în timpul internării, învățătura necesară potrivit cu vârsta sa și de căpăta, totodată o pregătire profesională potrivită cu aptitudinile sale. Cu alte cuvinte, regimul internării este îndreptat în direcția de a readuce pe calea cea bună pe minorul care alunecase pe panta decăderii, remediind starea sa intelectual-morală, stare care a determinat internarea și punându-l în situația de a putea efectua o muncă utilă, care să-i asigure existența atunci când va fi eliberat.

Considerăm că, deși este o măsură privativă de libertate, internarea într-un centru de reeducare prezintă un caracter preponderent educativ, vizând posibilitățile de recuperare a minorilor infractori într-un mediu pedagogic, aceștia putând asimila în regim de strictă supraveghere și disciplină un comportament adecvat, astfel încât să respecte normele de conviețuire socială.

Desigur, nu toți minorii care sunt internați prezintă o stare identică. Unii au oarecare învățătură, alții au primit o oarecare pregătire profesională, astfel încât acțiunea de reeducare va fi, pe cât posibil, îndreptată în sensul completării a ceea ce minorul posedă ca bun și a înlăturării a tot ce constituie o deformare. Reeducarea minorului trebuie să se facă în așa fel încât minorul să capete interes pentru învățătură ce i se acordă. Pe de altă parte minorul trebuie să simtă plăcere pentru pregătirea profesională pe care o primește, care trebuie să corespundă aptitudinilor minorului [15].

În conformitate cu art. 106 Cod penal măsura internării într-un centru de reeducare se ia pe timp nedeterminat, însă nu poate dura decât până la împlinirea vârstei de 18 ani. La data când minorul a devenit major, instanța poate dispune prelungirea internării pe o durată de cel mult 2 ani, dacă aceasta este necesară pentru realizarea scopului internării.

În practica judiciară [16] s-a stabilit că este contrară legii hotărârea judecătorească prin care s-a dispus internarea într-un centru de reeducare a inculpatului, minor la data săvârșirii infracțiunii, dar devenit major la data pronunțării.

Considerăm că măsura educativă a internării într-un centru de reeducare nu trebuie să fie luată când minorul mai are puțin timp până la împlinirea vârstei de 18 ani, deoarece măsura nu-și îndeplinește scopul său educativ. În acest sens s-a pronunțat și practica judiciară [17] care a precizat că dacă minorul mai are doar 5 zile până la împlinirea vârstei de 18 ani, iar până la data rămânerii definitive a sentinței el devenea major, nu i se putea aplica măsura internării într-un centru de reeducare deoarece o asemenea măsură nu poate realiza scopul urmărit de legiuitor. În aceste cazuri se impune aplicarea unei pedepse, deoarece luarea măsurii educative nu ar fi suficientă pentru îndreptarea minorului.

Conform art. 107 Cod penal dacă a trecut cel puțin 1 an de la data internării în centrul de reeducare și minorul a dat dovezi temeinice de îndreptare, de sânguință la învățătură și la

însușirea pregătirii profesionale, se poate dispune liberarea acestuia înainte de a deveni major.

Potrivit art. 108 alin. 1 Cod penal dacă în perioada liberării acordate potrivit articolului precedent, minorul are o purtare necorespunzătoare, se poate dispune revocarea liberării, iar conform alin. 2 al aceluiași articol dacă în perioada internării într-un centru de reeducare ori a liberării înainte de a deveni major minorul săvârșește o nouă infracțiune pentru care se apreciază că este cazul să i se aplice pedeapsa închisorii, instanța revocă internarea. În cazul când nu este necesară o pedeapsă, se menține măsura internării și se revocă liberarea.

INTERNAREA ÎNTR-UN INSTITUT MEDICAL-EDUCATIV

Potrivit art. 105 Cod penal „Măsura internării într-un institut medical-educativ se ia față de minorul care, din cauza stării fizice sau psihice, are nevoie de tratament medical și de un regim special de educație”.

Această măsură educativă nu are în vedere doar reeducarea minorului, ci și însănătoșirea sa.

Practica judiciară [18] a stabilit că măsura educativă a internării într-un institut medical-educativ se poate lua de instanță numai dacă efectuarea unei expertize medicale și de specialitate confirmă necesitatea supunerii minorului atât unui tratament medical, cât și unui regim special de educație.

Conform art. 106 Cod penal măsura se poate lua pe o durată nedeterminată și nu poate dura, în general, decât până la împlinirea vârstei de 18 ani, iar ridicarea acesteia se face de îndată ce a dispărut cauza care a impus luarea acesteia. Instanța, dispunând ridicarea măsurii poate, dacă este cazul, să ia față de minor măsura internării într-un centru de reeducare.

Ridicarea măsurii internării se dispune de către instanța care a judecat în primă instanță pe minor. Măsura internării într-un institut medical-educativ încetează de îndată ce a dispărut cauza care a impus luarea sa.

În literatura juridică [19] s-a precizat că, cauza care a determinat luarea măsurii este complexă, constând, pe de o parte, din starea fizică sau psihică a minorului, stare ce reclamă supunerea la un tratament și, pe de altă parte, din necesitatea simultană de a supune pe minorul infractor la o măsură de educare, necesitate care s-a făcut simțită tocmai datorită faptei penale pe care acesta a comis-o. Astfel ridicarea măsurii internării va putea avea loc atunci când starea fizică sau psihică a minorului a fost remediată datorită tratamentului medical, iar educația acestuia a fost realizată, existând dovezi temeinice că minorul are o conduită bună, este sârguitor la învățătură și își dă silința să dobândească o pregătire profesională.

3. ANALIZA MĂSURILOR EDUCATIVE ÎN NOUL COD PENAL

Prin Noul Cod penal [20] se renunță completă la pedepsele aplicabile minorilor care răspund penal, în favoarea măsurilor educative. Modelul care a inspirat reglementarea actuală este Legea Organică nr. 5/2000 privind reglementarea răspunderii penale a minorilor în Spania (modificată prin Legea Organică nr. 8/2006), dar s-au avut în vedere și reglementări din dreptul francez (Ordonanța din 2 februarie 1945 cu modificările

ulterioare), dreptul german (Legea tribunalelor pentru minori din 1953 cu modificările ulterioare) și dreptul austriac (Legea privind justiția juvenilă din 1988).

Noul Cod penal stabilește ca regulă aplicarea în cazul minorilor a măsurilor educative neprivative de libertate (art. 114 alin.1), măsurile privative de libertate constituind excepția și fiind rezervate ipotezelor de infracțiuni grave sau de minori care au comis multiple infracțiuni (art. 114 alin.2).

MĂSURILE EDUCATIVE NEPRIVATIVE DE LIBERTATE

Măsurile educative neprivative de libertate sunt, în ordinea crescătoare a gravității lor: stagiul de formare civică (într-o reglementare apropiată de cea a art.15-1 alin.91 pct.6 din Ordonanța franceză din 2 februarie 1945), supravegherea, consemnarea la sfârșit de săptămână, asistarea zilnică. Ultimele trei măsuri cunosc o reglementare apropiată de cea dată de art. 7 lit. g), h) din Legea spaniolă nr. 5/2000.

Măsura educativă a stagiului de formare civică constă în obligația minorului de a participa la un program cu o durată de cel mult patru luni, pentru a-l ajuta să înțeleagă consecințele legale și sociale la care se expune în cazul săvârșirii de infracțiuni și pentru a-l responsabiliza cu privire la comportamentul său viitor. Organizarea, asigurarea participării și supravegherea minorului, pe durata cursului de formare civică, se fac sub coordonarea serviciului de probațiune, fără a afecta programul școlar sau profesional al minorului.

Sub aspectul conținutului măsurilor educative neprivative de libertate se impune o explicație legată de supraveghere și respectiv asistarea zilnică. Măsura educativă a supravegherii constă în controlarea și îndrumarea minorului în cadrul programului său zilnic, pe o durată cuprinsă între două și șase luni, sub coordonarea serviciului de probațiune, pentru a asigura participarea la cursuri școlare sau de formare profesională și prevenirea desfășurării unor activități sau intrarea în legătură cu anumite persoane care ar putea afecta procesul de îndreptare al acestuia. Deci, această măsură educativă nu presupune o implicare directă a serviciului de probațiune în realizarea activităților din programul minorului, rolul acestui serviciu fiind doar acela de a monitoriza modul în care minorul își respectă programul obișnuit (frecventarea cursurilor, activități sportive, recreative etc.). Măsura educativă a asistării zilnice constă în obligația minorului de a respecta un program stabilit de serviciul de probațiune, care conține orarul și condițiile de desfășurare a activităților, precum și interdicțiile impuse minorului. Măsura educativă a asistării zilnice se ia pe o durată cuprinsă între 3 și 6 luni, iar supravegherea se face sub coordonarea serviciului de probațiune. Deci, asistarea zilnică, presupune o intervenție activă a serviciului de probațiune, care întocmește programul zilnic al minorului, incluzând în acest program – alături de elementele obișnuite în raport de vârsta și situația școlară sau profesională a minorului (spre exemplu, frecventarea cursurilor școlare) și pe cele impuse de instanță potrivit art. 121 – orice activitate necesară realizării scopului măsurii educative (spre exemplu, participarea la acțiuni social-educative, menite a facilita integrarea socială a minorului).

Obligațiile pe care instanța le poate impune minorului concomitent cu una dintre măsurile educative neprivative de libertate (art. 121) sunt adaptate în funcție de persoana și conduita minorului și de specificul infracțiunii comise. Acestea sunt:

- să urmeze un curs de pregătire școlară sau formare profesională;

- să nu depășească, fără acordul serviciului de probațiune, limita teritorială stabilită de instanță;
- să nu se afle în anumite locuri sau la anumite manifestări sportive, culturale ori la alte adunări publice, stabilite de instanță;
- să nu se apropie și să nu comunice cu victima sau cu membri de familie ai acesteia, cu participanții la săvârșirea infracțiunii ori cu alte persoane stabilite de instanță;
- să se prezinte la serviciul de probațiune la datele fixate de acesta;
- să se supună măsurilor de control, tratament sau îngrijire medicală.

Supravegherea executării obligațiilor impuse de instanță se face sub coordonarea serviciului de probațiune, iar pe durata executării măsurii educative neprivative de libertate, serviciul de probațiune are obligația să sesizeze instanța dacă:

- au intervenit motive care justifică, fie modificarea obligațiilor impuse de instanță, fie încetarea executării unora dintre acestea;
- persoana supravegheată nu respectă condițiile de executare a măsurii educative sau nu execută, în condițiile stabilite, obligațiile ce îi revin.

Măsura educativă a consemnării la sfârșit de săptămână constă în obligația minorului de a nu părăsi locuința în zilele de sâmbătă și duminică, pe o durată cuprinsă între 4 și 12 săptămâni, afară de cazul în care, în această perioadă, are obligația de a participa la anumite programe ori de a desfășura anumite activități impuse de instanță. Supravegherea se face sub coordonarea serviciului de probațiune.

MĂSURILE EDUCATIVE PRIVATIVE DE LIBERTATE

Măsurile educative privative de libertate sunt: internarea într-un centru educativ pe o durată de la unu la 3 ani și respectiv internarea într-un centru de detenție, pe o durată de la 2 la 5 ani sau, în mod excepțional, de la 5 la 15 ani. Măsura internării într-un centru de detenție se dispune pe o perioadă de la 5 la 15 ani doar în ipoteza comiterii unor infracțiuni foarte grave, pentru care legea prevede pedeapsa detențiunii pe viață sau pedeapsa închisorii de cel puțin 20 de ani. Durata măsurii este compatibilă cu reglementările și practicile internaționale (de exemplu, Rezoluția Congresului Asociației Internaționale de Drept Penal adoptată la Beijing în 2004 recomandă statelor să nu prevadă în cazul minorilor sancțiuni privative de libertate care să depășească 15 ani)..

Regimul prevăzut pentru executarea acestor măsuri este astfel conceput încât să ofere largi posibilități de individualizare, permițând adaptarea sa în funcție de conduita fiecărui minor pe durata executării. Astfel, atunci când minorul dovedește că a făcut progrese semnificative în direcția reintegrării sociale, după executarea a cel puțin jumătate din durata măsurii, se poate dispune, fie înlocuirea acestei măsuri cu măsura asistării zilnice, dacă nu a împlinit vârsta de 18 ani, fie liberarea, atunci când a împlinit această vârstă. În ambele ipoteze, instanța va impune respectarea uneia sau mai multor obligații, dintre cele prevăzute la art. 121. Se asigură astfel o supraveghere minorului în perioada imediat consecutivă repunerii în libertate, știut fiind că riscul comiterii de noi infracțiuni este mai mare în această perioadă.

În cazul în care minorul nu are un comportament care să permită repunerea sa în libertate înainte de împlinirea duratei măsurii, el va rămâne în centrul specializat până la executarea integrală a acesteia. În fine, atunci când cel internat a împlinit vârsta de 18 ani și are un comportament prin care influențează negativ sau împiedică procesul de recuperare

și reintegrare a celorlalte persoane internate, instanța poate dispune continuarea executării măsurii educative într-un penitenciar. O dispoziție asemănătoare conține, în dreptul spaniol, art. 15 alin.2 din Legea nr. 5/2000 (art. 14 alin.3 în urma modificării prin L.O. nr. 8/2006). În acest caz, sancțiunea inițială nu se transformă într-o pedeapsă, ea își păstrează aceeași natură juridică – de măsură educativă – modificându-se doar instituția de executare. Pe cale de consecință, regimul de executare al măsurii educative în penitenciar va fi diferit de regimul de executare al pedepsei închisorii.

4. CONCLUZII

În actualul Cod penal regimul sancționator este format din măsuri educative și pedepse. Măsurile educative au un rol prioritar, având un caracter preponderent educativ. Acestea au un rol important în educarea și reeducarea minorilor. În contextul integrării în Uniunea Europeană s-a impus îmbogățirea paletei de măsuri educative, mergându-se, în Noul Cod penal până la eliminarea pedepselor pentru minorii infractori. Renunțarea la pedepse în cazul minorilor și executarea – în cele mai multe cazuri – a acestor măsuri privative de libertate în instituții specializate, oferă premisele obținerii unor rezultate optime în activitatea educativă și de reintegrare socială a minorilor. Într-adevăr, existența unor instituții specializate permite organizarea unor programe educative și de formare profesională adecvate vârstei acestor infractori, permite încadrarea centrului cu personal având o formație specială pentru a lucra cu minori, evită contactul minorilor cu infractorii majori în timpul executării, contribuind astfel la reeducarea minorilor infractori.

BIBLIOGRAFIE

- [1] G. Solomonescu, Tratatul infractorului minor în dreptul penal comparat, București, 1935, p. 5.
- [2] S.C. Longinescu, Legi vechi românești și izvoarele lor, București, 1912, p. 222-224.
- [3] S.C. Longinescu, op. cit., p. 256 și urm.
- [4] Legiuirea Caragea, Ediție critică, Editura Academiei, București, 1955, p.6, 237.
- [5] Publicată în Monitorul Oficial nr. 222/24.09.1938.
- [6] Ortansa Brezeanu, Minorul și legea penală, Editura All Beck, 1998, p. 15.
- [7] Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 244 din 1.10.1992.
- [8] Decizia nr. 908/27.05.1993 a Curții Supreme de Justiție, publicată în SET nr. 1/1994 al C.S.J.
- [9] Decizia pen. nr. 124/R/18.03.1998 a Curții de Apel Brașov, publicată în sistemul informațional Ecris.
- [10] Decizia pen. nr. 95/P/27.04.2004 a Curții de Apel Constanța, publicată în sistemul informațional Ecris.
- [11] Decizia pen. nr. 211/10.05.2001 a Curții de Apel Timișoara, publicată în SET nr. 1/2001 al Curții de Apel Timișoara.
- [12] Decizia penală nr.83/25.01.1999 a Curții de Apel Timișoara, publicată în sistemul informațional Ecris.
- [13] Decizia nr. 81/20.01.1994 a Curții Supreme de Justiție, publicată în SET nr. 5/1994 al C.S.J.

- [14] Dongoroz ș.a., Explicații teoretice ale Codului penal, Partea generală, vol. II, Editura Academiei române, București 1970, p. 250.
- [15] V. Dongoroz ș.a., op. cit., p 250-251.
- [16] Decizia pen. nr. 849/2.03.2000 a Curții Supreme de Justiție, publicată în Buletinul Jurisprudenței 2000, Editura Juris Argessis, p. 261-262.
- [17] Decizia pen. nr. 857/1999 a Curții Supreme de Justiție, publicată în Revista Dreptul nr. 5/2000, p. 160.
- [18] Plenul Trib. Supr., dec. de îndrumare nr. 9/1972, p. 55.
- [19] V. Dongoroz ș.a., op. cit., p. 255.
- [20] Publicat în Monitorul Oficial Partea I, nr.510/24.07.2009.

APARAREA DREPTURILOR OMULUI IN TIMPUL RECRUTARII, SELECTIEI SI ANGAJARII IN ORGANIZATIILE ROMANESTI

Ec. Drd. FLOREA NICOLETA VALENTINA,

Ec. Drd. FLOREA DRAGOS

Universitatea Valahia Targoviste, B-dul Regele Carol I, Nr.2

Abstract:

The organizations to obtain success must choose and attract the most competitive candidates which answer the best to the requirements of the vacancy. The fulfillment of these tasks successfully, brings the success of the entire process to ensure the staff. Though, the rejection of a competitive candidate during the recruitment, selection and employment process, based on other criteria than those based on skills, knowledge and attitudes, or the employment of an poorly prepared candidate, may bring important damages to the organizations. To obtain performance, the organizations must apply good management practices through policies that encourage equal opportunities, equity, ethics, not-labor discrimination and principles of sustainable development, in the spirit and the letter of the law, as the principle: "The right man, at the right time and at the right place."

Keywords:

Human rights, recruitment, selection and employment processes, not-labor discrimination, sexual harassment, institutions for human work rights protection.

I. NEDISCRIMINAREA IN TIMPUL PROCESELOR DE RECRUTARE SI SELECTIE A RESURSELOR UMANE

Recrutarea de personal reprezinta o activitate esentiala si dificila, care exercita o influenta importanta asupra intregii organizatii. De calitatea acestui proces depinde dezvoltarea ulterioara a organizatiei moderne si performantele sale. Recrutarea personalului are drept scop identificarea si atragerea acelor candidati competenti si competitivi pentru completarea necesarului de resurse umane sau a nevoilor suplimentare de personal.

Una din primele masuri care trebuie luate atunci cand se planifica recrutarea de angajati pentru organizatie este instituirea unor politici si proceduri adecvate. Politica de recrutare reprezinta codul de conduita al organizatiei in acest domeniu de activitate.

Organizatia trebuie sa-si propuna in realizarea politicii sale de recrutare sa indeplineasca urmatoarele caracteristici (Cole, G.A., 2000), conform principiilor de etica, echitate, egalitate de sanse si nediscriminare :

- sa anunte pe plan intern toate posturile ;
- sa raspunda tuturor cererilor de angajare, cu minimum de intarziere ;
- sa caute sa informeze cu buna credinta pe potentialii angajati, in privinta datelor esentiale si a conditiilor de angajare ;
- sa prelucreze cu eficienta si bunavointa toate cererile de angajare primite ;
- sa caute candidati pornind de pe baza calificarii lor ;

-sa acorde fiecarei persoane intervievate atentia cuvenita, in mod echitabil.

Astfel, organizatia isi propune sa evite in orice imprejurare :

-discriminarea nedreapta a candidatilor potentiali pe criteriul sexului, rasei, varstei, orientarii religioase, persoane care au cazier sau dizabilitati fizice;

-formularea cu buna stiinta a unor conditii false sau exagerate in cadrul anunturilor de recrutare;

Dreptul la munca este una dintre libertatile fundamentale înscrise în Declaratia Universală a Drepturilor Omului, în Pactul privind drepturile economice, sociale si culturale din 1966 (articolul 6) si în numeroase legi fundamentale, inclusiv în Constitutia Romaniei. Egalitatea in munca se refera la tratamentul corect si echitabil pentru fiecare individ. Egalitatea sanselor se refera la posibilitatea oferita angajatilor de a avea acces echitabil la posturile existente, la oportunitatile de promovare si de pregatire profesionala, precum si la alte servicii oferite de angajator. Atunci cand pentru un post raman in competitie mai multi candidati, managerul ar trebuie sa aleaga functie de abilitatile , atitudinile si cunostintele de care dau dovada in indeplinirea sarcinilor prevazute in fisa postului si nu pe criterii discriminatorii.

Intr-un context al pietei muncii imprezvizibil si impersonal, candidatul se va vedea judecat in ceea ce priveste competenta sa, calitatile, aptitudinile, atitudinile sale in raport cu sine-insusi si cu ceilalti. Organizatia este libera sa angajeze acel candidat care convine cel mai bine postului oferit, existand totodata si motive de a-l refuza, motive pe care legea le interzice.[www.vosdroits.service-public.fr]. Evaluările psihometrice se efectuează prin intermediul anumitor teste efectuate de angajator pentru a măsura dimensiunile personalitatii unui candidat. Totodata pentru a descoperi dimensiunile pozitive si negative ale unui candidat, e greu de cautat criterii solide pentru a determina validitatea si fidelitatea testelor aplicate in timpul angajarii. Unele teste se desfasoara pentru a depista daca, candidatii folosesc droguri, consuma alcool sau daca au SIDA. Legea pe de o parte incearca sa protejeze dreptul persoanei care candideaza prin pastrarea integritatii sale si respectarea vietii private, iar pe de alta parte protejarea angajatorului prin oferirea celorlalti angajati exemple demne de luat in seama si pastrarea imaginii sale pe piata muncii.(Lakhdar S., 2003)

In timpul unui interviu, cel ce realizeaza procesul de selectie poate judeca candidatul dupa norme legate de personalitatea sa si poate avea tendinta de a favoriza acei candidati care efectueaza aceleasi activitati sociale sau politice ca acesta, sau daca apartin aceluiasi club(bowling,calarie, consiliu de administratie sau partid politic). In principiu selectionerul trebuie sa aleaga candidatul dupa exigentele postului, fara sa mearga spre o orientare discriminatorie.

Originea sociala si etnica a unui candidat poate influenta negativ selectia sa. In acest sens, mai multe tari au legiferat interzicerea discriminarii in timpul recrutarii si selectiei. De exemplu, legea franceza inca din 1972 merge pana la a preciza sanctiuni aplicabile « oricarei persoane, care fara motiv legitim, va refuza angajarea sau va concedia vreo persoana datorita originii sale »(Peretti J.M.).

Legislatia poate incita sau impiedica angajatorii sa exercite discriminarea in timpul efectuării recrutării. Formele discriminării variază diferit de la o țară la alta, de la o regiune la alta si de la un angajat la altul. Comportamentul de discriminaire isi pot avea sursa in prejudecati, mod de gandire, obiceiuri, reguli, practici si cutume care se dezvoltă in interiorul conditiilor economice particulare fiecarei țări. Formularele de angajare nu trebuie

sa contina nici un element referitor la discriminare. Pentru a respecta viata privata a unui candidat, angajatorul trebuie sa excluda enunturile referitoare la rasa, culoare, sex, orientare sexuala, stare civila, varsta, religie, convingeri politice, limba, origine etnica, genetica, conditii sociale sau dizabilitati fizice. Mai multe tari au prevazut in legislatia lor mecanisme impotriva discriminarii in timpul selectiei resurselor umane prin cererea de informatii referitoare doar la indeplinirea sarcinilor postului vacant. De exemplu in Franta, Camera Sociala a Curtii de Casatie a enuntat principiul de cerere a acelor informatii necesare angajarii si scopului de a permite angajatorului de a aprecia calitatea salariatului si nu acele informatii care nu au legatura directa cu activitatea profesionala.

Oamenii este bine sa fie recrutati exclusiv pe baza capacitatii lor de a-si indeplini sarcinile de munca, dar vorbind din punctul de vedere al interesului economic, aceasta judecata se lasa usor influentata de convingeri care in fapt nu sunt relevante.(Martin M si Jackson T.,2008).

Politicile si atitudinile reale ale organizatiei trebuie sa fie concepute astfel incat sa incurajeze egalitatea de sanse, prin educarea angajatilor si a factorilor de decizie, si sa atace inegalitatea oriunde aceasta exista, prin actiuni hotarate. Spiritul sau intentia legislatiei pentru egalitatea de sanse, precum si litera legii, sunt importante.Bunele practice de management sunt in armonie cu principiile diversitatii.

Discriminarea contrara legii constituie un domeniu in care legislatia inca evolueaza. (Martin M si Jackson T., 2008).

Tipuri de discriminare:

- directa-deliberata;
- indirecta-nu e fondata pe acte de discriminare, dar exista consecinte.

Riscuri:

- amenda si/sau inchisoare;
- nulitatea procedurii.

Mijloace prin care se poate dovedi fapta:

- marturia;
- flagrant delict;
- testarea;
- statisticile;
- proces verbal in urma inspectiei muncii

Notiunea de proba(dovada) :

- penala, apartine victimei;
- civila, amenajarea dovezii;
- in dreptul muncii, apartine partii care se apara pentru a dovedi inexactitatea inegalitatii de tratament.

In urma discriminarii se poate apela la una din urmatoarele **forme de aparare** :

-legislatia antidiscriminare privind recrutarea, angajarea, raporturile de munca, locul de munca, salariul, formarea profesionala(OG 137/2000 privind prevenirea si sanctionarea tuturor formelor de discriminare, L202/2002 privind egalitatea de sanse intre femei si barbati)

-Consiliul National pentru Combatearea Discriminarii(CNCD-Instructiunea 1/2003);

-Instanta de Judecata care impreuna cu CNCD pot acorda despagubiri, pot obliga pe cel ce a discriminat sa inceteze discriminarea, sa isi ceara scuze public, sa plateasca daune morale, sa retraga autorizatia de functionare a organizatiei, pot sanctiona cu avertisment si amenda.

Exista termen limita de 1 an pentru a obtine sanctionarea pentru a nu se uita detaliile: trebuie luat numele martorilor, facute inregistrari audio sau video si obtinut ajutor de la CNCD, sindicat, ONG, instanta de judecata.

Impactul legii asupra recrutarii:

- incepand cu 1990, in Canada au inceput sa se redacteze CV-uri anonime, astfel recrutarea sa se bazeze pe competente si nu pe criterii "a priori";
- se dezvolta ideea utilizarii testelor;
- de peste 20 de ani, in UK exista impactul legislatiei in metodologia recrutarii bazata pe stereotipuri de gen, sex, culoarea pielii, astfel in prezent acestea nu mai constituie criterii de alegere in procesul de recrutare al organizatiilor ;
- egalitatea tratamentului pentru toti;
- oportunitati pentru organizatie prin intrarea in organizatie a candidatilor pe baza de competente si nu pe criterii discriminatorii;
- necesitate examinarii procedurilor sale de recrutare si gestiune a competentelor.

II. NEDISCRIMINAREA IN TIMPUL PROCESULUI DE ANGAJARE A RESURSELOR UMANE

In dreptul international al muncii, fenomenele de hartuire si de hartuire sexuala sunt percepute ca atentate severe la principiile fundamentale ale egalitatii de sanse si ale respectului pentru demnitate la locul de munca. In dreptul nostru, Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de sanse intre femei si barbati a preluat standardele comunitare si a asigurat structurarea unui adevarat sistem juridic de promovare a egalitatii de sanse.

Actul normativ introduce pentru prima data in dreptul roman notiunea de hartuire sexuala la locul de munca, aceasta fiind apreciata ca o varianta de discriminare sexuala. Conform art. 11 al Legii nr. 202/2002, constituie discriminare bazata pe criteriul de sex orice comportament nedorit, definit drept hartuire sau hartuire sexuala, avand ca scop sau ca efect:

a) faptul de a crea la locul de munca o atmosfera de intimidare, de ostilitate sau de descurajare pentru persoana afectata;

b) faptul de a influenta negativ situatia persoanei angajate in ceea ce priveste promovarea profesionala, remuneratia sau veniturile de orice natura ori accesul la formarea si perfectionarea profesionala, in cazul refuzului acesteia de a accepta un comportament nedorit, ce tine de viata sexuala.

Prin Legea nr. 202/2002, a fost infiintata Agentia Nationala pentru Egalitatea de Sanse intre Femei si Barbati (ANES), ca organ de specialitate al administratiei publice centrale, cu personalitate juridica, in subordinea Ministerului Muncii, Solidaritatii Sociale si Familiei. Printre alte atributii, ANES primeste reclamatii/plangeri privind incalcarea dispozitiilor normative referitoare la principiul egalitatii de sanse si de tratament intre femei si barbati si la interdictia discriminarii dupa criteriul de sex. ANES primeste sesizari atat de la persoane fizice, cat si de la persoane juridice sau institutii publice si private si le transmite institutiilor competente in vederea solutionarii si aplicarii sanctiunii.

Hărțuirea sexuală constă în comportamente de amenințare, constrângere, intimidare, umilire, realizate de către o persoană împotriva alteia. Aceste comportamente sunt de natură sexuală și pot fi verbale, non-verbale sau fizice. De cele mai multe ori, persoana care hărțuiește abuzează de funcția îndeplinită la locul de muncă, cu scopul de a obține anumite beneficii de natură sexuală din partea persoanei hărțuite. Efectele unor astfel de

comportamente sunt negative, afectează atât persoana hărțuită, cât și organizația în care aceasta lucrează, în special pentru că performanța persoanei scade, iar negocierea aspectelor privind promovarea, formarea, salarizarea etc. nu rămân procese obiective, ci sunt afectate/influențate de comportamentele negative ale persoanei care hărțuiește.

În multe organizații, hărțuirea sexuală există. Îmbracă forme diferite și ajunge la nivele de gravitate foarte variate.(www.cpe.ro).

Modul în care apare, se menține și se manifestă depinde de fiecare organizație în parte, de anumiți parametri precum: dinamica specifică a locului de muncă, numărul și structura angajaților, sensibilitatea pe care angajatorii, patronii, șefii, managerii, supervizorii o au în privința acestei problematice, cantitatea de informație pe care o dețin în privința consecințelor pe care hărțuirea sexuală le poate avea. Nu există un moment prestabilit în care hărțuirea sexuală apare într-o organizație. Poate apărea în momentul recrutării, la angajare, se poate reflecta în termenii și condițiile încheierii contractului de muncă, pe parcursul derulării activităților de zi cu zi, poate apărea în momentele în care se promovează și/sau se formează personalul sau în situațiile în care se fac concedieri.

În funcție de forma în care se manifestă și de contextele specifice în care apar, comportamentele de hărțuire sexuală au consecințe foarte grave, care pot fi de natură:

Psihologică, precum:

- depresie, stres, tulburări ale somnului
- nesiguranță, rușine
- stimă de sine scăzută, neîncredere în capacitățile proprii, hipersensibilitate

Fizică, precum:

- dureri puternice de cap, migrene, oboseală, epuizare
- letargie, amețeli, tulburări de vedere, afecțiuni dermatologice
- fluctuații ale greutății, tulburări de alimentație

Cu impact asupra performanței și carierei precum:

- satisfacție scăzută la locul de muncă, demotivare
- performanță scăzută
- pierderea oportunităților de promovare
- absenteism, mai mult timp petrecut în concediu medical
- schimbarea obiectivelor de carieră
- lipsa atașamentului față de organizație, lipsa de inițiativă, de interes pentru muncă
- neîncredere în competențele proprii
- predispoziție spre erori profesionale, depășirea termenelor, neîndeplinirea sarcinilor, calitate scăzută a modului de îndeplinire a sarcinilor
- neutilizarea totală a potențialului

Exista **trei tipuri de fapte de hărțuire sexuală**, clasificate în special în funcție de gravitatea lor:

a. **Forme ușoare:** priviri, atingeri, gesturi, limbaj cu conotație sexuală

b. Solicitarea de **relații sexuale prin promisiuni**: « invitația la întâlniri amoroase, cu promisiunea angajării sau promovării », « cererea de relații sexuale cu promisiunea unei recompense » ;

c. **Forme grave: amenințări și forțarea victimei** – « sărut fără permisiune », « solicitarea de relații sexuale, cu amenințare », « încercarea de a avea relații sexuale, cu folosirea forței » .

O cercetare realizată în SUA indică faptul că, până la 95% dintre femeile care sunt supuse unor acte de hărțuire sexuală înregistrează o creștere alarmantă a nivelului de stres, însoțit de anxietate, depresie, migrene, tulburări ale somnului, creșterea sau scăderea în greutate, scăderea vizibilă a performanței la locul de muncă. Ele vor absenta mult mai des de la locul de muncă, iar multe dintre ele vor demisiona sau vor fi concediate, ca rezultat al refuzului de a răspunde actelor de hărțuire sexuală. La prima vedere, sunt costuri pe care le suportă angajații, dar ele se traduc, implicit, în **costuri pentru angajatori**.

O cercetare realizată, în 1999, de **Societatea pentru Managementul Resurselor Umane** subliniază faptul că 62% dintre companiile incluse în cercetare oferă cursuri de prevenire a hărțuirii sexuale, iar 97% dintre ele au prevederi scrise incluse în regulamentele interne. În unele state, precum California, obligația de a asigura managerilor și supervisorilor cursuri de formare în problematica hărțuirii sexuale este reglementată prin lege.

Astfel, din 2005, companiile cu peste 50 de angajați sunt obligate să formeze managerii și supervisorii cel puțin 2 ore, o dată la doi ani, în domeniul prevenirii și combaterii cazurilor de hărțuire sexuală.

Costurile/pierderile companiei, cauzate de comportamente de hărțuire sexuală, sunt multiple:

- costuri provenite din scăderea performanței și calității muncii persoanelor afectate;
- costuri provenite din creșterea ratei de absenteism a persoanelor afectate;
- costuri provenite din fluctuația de personal și necesitatea de a reorganiza procese de recrutare.

O politică fermă de prevenție a cazurilor de hărțuire sexuală, pusă în practică și monitorizată cu seriozitate, pune compania la adăpost, securizând investiția în fiecare angajat. Desigur, întotdeauna probabilitatea ca resursele umane să migreze către alte companii, mai atractive la momentul respectiv, există. Însă această probabilitate este mult mai prezentă atunci când o persoană resimte, la locul de muncă, presiune, teamă, ostilitate. O mare parte din timpul zilnic pe care această persoană ar trebui să îl dedice activităților legate de sarcini se va transfera subtil către activități și strategii de evitare a situației stresante și creatoare de disconfort.

În consecință, o companie care nu este sensibilă la confortul fizic și psihic al angajaților/telor sale, are șanse mari să se regăsească în situația de a face un „bilanț”, în care principalele cifre cu valori negative reprezintă costuri de recrutare, costuri de angajare, costuri de formare profesională, costuri provenite din absențe repetate și concedii medicale, costuri provenite din sarcini realizate neperformant și cu întârziere.

Obligațiile angajatorului pentru prevenirea și eliminarea oricărui comportament considerat discriminare după criteriul de sex:

1. Să includă, în **regulamentele de ordine interioară**, sancțiuni disciplinare pentru angajații care încalcă demnitatea personală a altor angajați, prin crearea de medii

degradante, de intimidare, de ostilitate, de umilire sau ofensatoare, prin acțiuni de discriminare.

2. Să **informeze toți angajații** cu privire la interzicerea hărțuirii sexuale la locul de muncă, inclusiv prin afișarea, în locuri vizibile, a prevederilor din regulamentul de ordine interioară, pentru prevenirea oricărui act de discriminare după criteriul de sex.

3. Să **informeze**, imediat ce a fost sesizat, **autoritățile publice abilitate** cu aplicarea și controlul legislației privind egalitatea de șanse și tratament între femei și bărbați.

Instituțiile unde angajații se pot adresa pentru semnalarea și soluționarea unui caz de hărțuire sexuală sunt:

- Agenția Națională pentru Egalitatea de Șanse între Femei și Bărbați;
- Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării;
- Inspectoratele Teritoriale de Muncă;
- Instanța Judecătorească.

III.LUPTA ÎMPOTRIVA DISCRIMINĂRII ÎN ROMANIA

Lupta împotriva tuturor formelor de discriminare este una dintre cele mai importante sarcini pe care o societate democratică trebuie să și-o asume. Și aceasta deoarece discriminarea este o formă de manifestare de inegalități care împiedică indivizi sau grupuri din societate să-și exercite drepturile și libertățile fundamentale și să se bucure de aceleași oportunități.

O societate în care există discriminare și excludere nu poate fi considerată democratică.

Dreptul tuturor indivizilor la egalitate în fața legii și protecție împotriva discriminării este un drept fundamental și esențial pentru funcționarea normală a unei societăți democratice. Acesta contribuie la îndeplinirea obiectivelor de promovare a progresului economic și social prin creșterea coeziunii economice și sociale.

România a fost printre primele state candidate sau în curs de aderare care au promovat o legislație specială antidiscriminare. Astfel, în anul 2000, a fost adoptată Ordonanța Guvernului nr. 137 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare. Acest act normativ a fost modificat și completat în două rânduri, ajungând la un nivel de reglementare care îndeplinește în linii mari cerințele Comisiei Europene privind alinierea legislației interne cu prevederile acquis-ului comunitar.

În România, populația de femei tinere (sub 30 de ani) din mediul urban, care lucrează în firme și, în special, în acele firme care operează în servicii are nivel crescut de risc.

-□4.7% din populație cunoaște pe cineva care, în ultimii doi ani, a fost victimă a hărțuirii sexuale.

-□În 90% dintre cazuri, victimele hărțuirii sexuale sunt femei.

-□În 81% dintre cazuri, victimele au între 16 și 30 de ani.

-□În 55% dintre cazuri, agresorul a fost un „șef” sau un „director” și în 24% un patron.

Doar jumătate din femeile intervievate cunosc existența unor astfel de prevederi.

Două din zece respondente cunosc o altă femeie care a fost hărțuită sexual la locul de muncă sau la instituția la care studiază. Legislația națională prevede o serie de obligații specifice pentru angajator. La costurile sus-menționate, se pot adăuga sancțiunile aplicabile

companiilor care nu respectă normele legale în domeniu. Costurile pot rezulta și din acționarea, în justiție, a companiei, de către o persoană hărțuită sexual.

Este, totuși, de dorit ca o companie să nu acționeze exclusiv în sensul luării unor măsuri de precauție împotriva posibilelor sancțiuni legale. Tocmai pentru că problema hărțuirii sexuale este o problemă complexă, care atrage consecințe variate, în planuri multiple ale ciclului de viață al companiei. Aceasta necesită o înțelegere complexă a problemei și o corelare cu valorile companiei. Înțelegerea consecințelor legale, dar și a celor morale și financiare ale hărțuirii sexuale se constituie în garanții suplimentare pentru dezvoltarea și implementarea unei politici eficiente de prevenție.

O companie cu proceduri interne clare în domeniu, care nu tolerează actele de hărțuire sexuală, este un model de bună practică pentru alte companii și deține un plus de imagine. O companie care tolerează hărțuirea, transformând-o în „normalitate” internă aduce prejudicii propriei imagini, fiind pasibilă de a fi acționată în justiție și prezentată ca exemplu negativ în mass media. Compania care investește în prevenție și elimina discriminarea are șanse suplimentare să fie clasificată drept „companie dezirabilă”, adică acea companie pentru care este de dorit și avantajos să lucrezi. Această reputație este cu atât mai valoroasă pentru angajatorii care doresc să atragă personal bine pregătit, să mențină cele mai performante resurse umane de pe piață, să își fidelizeze angajații și clienții, să se diferențieze de companiile concurente, prin acordarea unui tratament echitabil tuturor angajaților și angajatelor la locul de muncă, care nu permite nici un fel de discriminare.

CONCLUZII

Aplicarea principiului egalității șanselor în activitatea profesională se reduce la două probleme fundamentale :

- necesitatea de a schimba atitudinile oamenilor, astfel încât aceștia să devină mai obiectivi și mai puțin rigizi asupra acelor pe care îi consideră diferiți de ei înșiși ;
- necesitatea de a exploata la maximum resursele umane ale organizației.

Cel mai bun lucru într-o politică de egalitate a șanselor este faptul că deține *potentialul* de a da la iveală tot ce are mai bun forța de muncă existentă. În îndeplinirea acestei sarcini, managerii de resurse umane pot să joace un rol esențial. Companiile în care discriminarea și hărțuirea sexuală, în oricare dintre formele sale, este tolerată, nu oferă angajaților/telor un mediu de lucru sănătos, ci unul ostil, intimidant, în care oamenii nu își gestionează corect și profesionist relațiile de muncă. Acest mediu se manifestă prin atmosferă tensionată, prin scăderea treptată a performanței, prin dezinteres față de muncă și, implicit, prin fluctuație de personal și lipsa atașamentului față de angajator. Are impact negativ asupra calității muncii prestate și asupra productivității. Acestea sunt consecințele clasice ale unui mediu de muncă permisiv în ceea ce privește comportamentele de hărțuire sexuală. Pe de altă parte, au productivitate crescută, pe termen lung, acele companii care investesc în menținerea unui mediu de lucru sănătos, neconflictual, care răspunde nevoilor fiecărei persoane angajate în acea companie. Acest tip de companii acordă atenție crescută rezultatelor, dar și procesului prin care rezultatele au fost obținute, în particular aceasta traducându-se în relațiile dintre oamenii care formează o companie. Persoanele direct afectate dezvoltă anxietate, iritare, depresie, teamă, confuzie, scăderea încrederii în sine, stres în muncă, care, la rândul său, aduce cu sine rate foarte crescute ale absentismului,

scăderea motivației și a interesului pentru aducerea la îndeplinire a sarcinilor, diminuarea eficienței muncii, perturbări ale productivității, creativității și competitivității, dar și oboseală și o plajă largă de afecțiuni fizice, unele dintre ele aducând persoana supusă hărțuirii sexuale în incapacitate de muncă.

Discriminarea nu are consecințe numai asupra persoanei direct afectate. Este un fenomen care afectează întreg mediul de lucru, iar simptomele sale sunt contagioase, transmițându-se și afectând și performanța angajaților/telor care sunt numai martori/e la aceasta, nefiind implicați/e direct.

BIBLIOGRAFIE

- 1.Cole G.A. Managementul personalului, Editura Codecs, Bucuresti,2000;
- 2.Lakhdar Seikou, „Gestion des ressources humaines”, Universite de Boeck, 2003,
3. Martin Malcolm si Jackson Tricia, Practica de personal, Editura Codecs, Bucuresti, 2008
- 4.Neacsu Ioana, „Reevaluarea situatiilor si etapelor de recrutare si selectie a personalului, din perspectiva diferentelor si stereotipurilor de gen, Centrul parteneriat pentru egalitate, CPE, 2006,
- 5.www.antidiscriminare.ro,
- 6.www.anph.ro,
- 7.www.anofm.ro,
- 8.www.accept-romania.ro,
- 9.Barometru de opinie privind discriminarea in Romania, Metrou Media Transilvania, 2004,
- 10.www.cpe.ro,
- 11.www.crj.ro,
- 12.Codul Muncii,
- 13.Codul Penal
- 14.Consiliul National pentru Combaterea Discriminarii, [wwwcncd.org.ro](http://www.cncd.org.ro),
- 15.www.europarl.europa.eu,cod de bune practici privind angajarea persoanelor cu dizabilitati,
- 16.Eurobarometru:Discriminarea in UE, Euro 25, 2006,
- 17.Forester Nick, „Maximum performance. A practical Guide to leading and managing people at work, 2005,
- 18.www.inspectmun.ro(Inspectia Muncii),
- 19.Intoleranta, discriminare, autoritarism in opinia publica, IPP, 2003
- 20.Legea 202/2002 privind egalitatea de sanse intre femei si barbati, www.anes.ro
- 21.OG 137/2000 privind prevenirea si sanctionarea tuturor formelor de discriminare,
- 22.www.prowomen.ro(fundatia Pro Women Iasi)
- 23.www.stop-discrimination.info.

A HUMAN RIGHTS APPROACH TO ENVIRONMENTAL PROTECTION: THE CASE OF ETHIOPIA

By ABADIR IBRAHIM

***LL.M Student, St. Thomas University, School Of Law
Miami, Florida***

Abstract

International and domestic environmental law has evolved quite rapidly in the last few decades. At the international level the Stockholm and Rio Declarations paved the way for a broad based consensus of the international community on environmental issues and principles. At the Domestic level also many states have incorporated environmental protection in their constitutions and even more states are doing the same at least in their domestic legislations. In this process of evolution environmental law has unleashed a number of novel principles such as; the participatory principle, the polluter pays principle, the precautionary principle, the inter-generational and intra-generational principles, the prevention principle, the sustainable development principle and so on. And Ethiopia has no been an exception in this regard.

The Ethiopian Constitution explicitly declares that "All persons have the right to a clean and healthy environment".¹ The constitution also announces that the Government has a duty to endeavor to ensure that all Ethiopians live in a 'clean and a healthy' environment.² Although the development and expansion of environmental law pre-dates the Ethiopian Constitution the constitution's approach towards the subject is quite unique in that it conceives of environmental protection as an individual human right. As we will see in the proceeding sections the human rights approach to environmental protection has been argued for in international environmental law although without much success. Whereas in Ethiopia, environmental concerns have been formulated almost exclusively in a human rights paradigm. The paper examines this approach both on a theoretical and a practical level.

The first section will set the context in which the "human right to a healthy environment" has evolved in international law and literature so as to have a clearer picture of the constitution's declaration of the same. The second section examines the possible theoretical explanations of constitution's declaration of the right to a safe and a healthy environment. In the third section we shall dwell upon how the right to a safe and a healthy environment imposes a duty upon the government and how the duties may be overcome. And in the fourth section we will consider the relationship of the right under consideration with other human rights contained in the constitution and in international human rights law.

Keywords: international environmental law, human rights, protection, Ethiopia

Section One: Human Rights to the Environment in International Law

The connection between human rights and environmental law has by now been excruciatingly argued for by some sections of international lawyers and publicists. Such an

¹ FDRE Constitution Article 44(1)

² FDRE Constitution Article 92(1)

argument would normally claim that a human right to the environment has its basis in all the major sources of international law.¹ Their argument normally proceeds in the following pattern. They hold that an international human right to the environment has already been established and recognized as early as 1972 by the Stockholm Declaration which states that: “Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an Environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations.”²

Another argument would make a case that the United Nations General Assembly, in its resolution 45/94 (1990) re-affirmed the Stockholm declaration by stating that “all individuals are entitled to live in an environment adequate for their health and well-being” and calls for enhanced efforts towards ensuring a “better and healthier environment”. And so does the 1992 Rio Declaration which declares, in its first principle, that: “Human beings are at the centre of concerns for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature.”³ Principle 4 of the same also declares “environmental protection shall constitute an integral part of the development process.”⁴ We can further follow this line of argument and find, in article 24 of the 1989 Convention on the Rights of the Child, the obligation of state parties to take appropriate measures to implement children’s right to health, “taking into consideration the dangers and risks of environmental pollution.”⁵ The ILO Convention is also taken as another example of an indirect declaration of environmental rights.⁶

There are also numerous other international treaties which are concerned with the protection of the environment implicitly mentioning the need to protect the environment within the context of the dignity as well-being of man, health or the common interest of human beings. Among these are the 1989 Basel Convention on The Control of Trans-boundary movement of Hazardous Wastes and their disposal, the 1963 Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere in Outer Space and Under Water and the 1977 Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile use of Environmental Modification Techniques.⁷

The same argument is also made by extending the former contention to regional multilateral treaties. In the Additional Protocol to the American Convention on Human

¹ See, Alexander Kiss, An Introductory Note on a human right to environment, *supra* note 3; Dinah Shelton, Human Rights and environment issues in Multilateral Treaties adopted between 1991 and 2001 Human rights and the environment, background paper No. 1, Joint UNEP-OHCHR Expert Seminar on Human Rights and the Environment, 14-16 Jan 2002, Geneva. Laura Ziemer, Environmental harm as a human right violation available at <<http://www.tibet.com/Eco/Green/97/violation.html>>accessed on 7/26/2006

² Declaration of the United Nation Conference on the Human Environment (16 June 1972, Stockholm).

³ Rio Declaration on Environment and Development (June 14,1992)

⁴ Ibid.

⁵ United Nations Convention on the Rights of the Child (1989)

⁶ Dominic McGoldrick, Sustainable Development and Human Rights: An Integrated Conception, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, No. 4, (Oct., 1996) P.811.

⁷ Gunnar G. Schram, Human Rights and the Environment, *Nordic Journal of International Law Acta Scandinavica Juris gentium* Vol. 61/62, Martinus Nijhoff Publishers (1994) P. 143

Rights in the area of Economic, Social and Cultural Rights (Protocol of San Salvador) it is stated that everyone shall have the right to live in a healthy environment “ and that “states parties shall promote the protection, preservation and improvement of the environment.”¹ And there is also the communo-centric African Charter on Human and Peoples’ Rights that proclaims that “all peoples...have the right to a general satisfactory environment favorable to their development.”²

The import of the arguments that we considered so far is to claim that the human right to environment has its basis in international treaties. But since many of those documents cited are nonbinding sources an argument has been made that the non-binding instruments could never the less be considered as proof of a growing right to the environment in customary international law. The argument for right to the environment in customary international law has, in addition to what we have considered, been asserted by forwarding the following arguments.

The claim for a customary international recognition of the right to a safe environment is supported by arguing that states have recognized the right in their constitutions. It is claimed that there are today at least 50 national constitutions which prescribe a human right to the environment not counting state or regional constitutions in federal states.³ Therefore it is argued a clear *opinio juris* is established by virtue of this uniform constitutional practice.

A claim is also made that the International Court of Justice has proclaimed the right to a safe environment in the *Gabcikovo-Nagy-Maros case*. In that case the court had reasoned that:

The protection of the environment is ... a vital part of contemporary human rights doctrine, for it is a sine qua non for numerous human rights such as the right to health and the right to life itself. It is scarcely necessary to elaborate on this, as damage to the environment can impair and undermine all the human rights spoken of in the Universal Declaration and other human rights instruments.

Although these arguments flamboyantly establish a right to a safe or healthy environment it should never the less important to point out that the arguments have important shortcomings. First of all most the Declarations that they rely on to establish the right are not binding under international law.⁴ And the binding treaties on which they rely are usually remotely connected to the right and do not proclaim it explicitly. It is to be acknowledged of course that the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights and the African Charter are the only binding treaties that explicitly provide for the protection of the environment as a human right. Never the less these treaties are of regional application and do not bind the rest of the international community.

Further more the argument for the existence of an international custom could also be put to doubt since the claim for a uniform constitutional practice might be exaggerated. Paula Pevato deconstructs this argument by showing that half of the constitutions that are

¹ Additional Protocol to the American Convention on the Human Rights in the area of Economic, Social and Cultural Rights, “Protocol of San Salvador” 17 November 1988.

² African Charter on Human and Peoples’ Rights

³ Sionaidh Douglas- Scott, Environmental Rights: Taking the environment seriously? In Conor Gearty and Adam Tomkins (eds.) Understanding Human Rights, London and New York.

⁴ They are what we can safely categorize under the “soft law” of international law.

claimed to refer to some sort of environmental protection only half of them see it as a policy aspiration and not as a human right.¹ Pevato further deconstructs this argument by showing that most the remaining constitutions may very well protect the right to the environment as a legal right and not as a human right.²

Furthermore we can also see that the proclamation of the ICJ could not be a conclusive proof of the declaration of the right to a safe environment since the court was only referring to already accepted human rights as life and health, rights that may be violated by environmental pollution and not to an explicit right to the environment.³ Thus we can fairly conclude that, although the right to the environment is an evolving concept in international law it has not yet been conclusively established in international law. And may we also remember that the developed western states including big brother America are likely to effectively resist such a development in positive international law.⁴

Section Two: The Right to a Safe & a Healthy Environment in the FDRE Constitution

The FDRE Constitution recognizes environmental concerns as an issue of human rights and entrenches the same in its third chapter.⁵ Further along the chapters of the constitution it refers to them again albeit as "national policy principles and objectives" inculcated in the constitution. Rather than try to explain the provisions in paraphrases I have outlined them in a table so that the reader sees them firsthand before going on to the next part and of course for easy reference and convenience.

Table 1: *Articles of the constitution dealing with environmental issues.*

<i>Article 44: Environmental Rights</i>	<i>Article 92 Environmental Objectives</i>
1. All persons have the right to a clean and healthy environment. 2. All persons who have been displaced or whose livelihoods have been adversely affected as a result of State programmes have the right to commensurate monetary or alternative means of compensation, including relocation with adequate State assistance.	1. Government shall endeavor to ensure that all Ethiopians live in a clean and healthy environment. 2. The design and implementation of programmes and projects of development shall not damage or destroy the environment. 3. People have the right to full consultation and to the expression of views-in the planning and implementation of environmental policies and projects that affect them directly. 4. Government and citizens shall have the duty to protect the environment.

¹ Paula M Pevato, *A Right to Environment in International Law: Current Status and Future Outlook*, RECIEL A Right to Environment, Vol. 8 Issue. 3, Blackwell Publishers, Oxford (1999).

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ See Malcolm N. Shaw, *International Law* (1997 4th ed.) Cambridge University Press, Cambridge, p.62. for an argument as to how the bigger and wealthier states make bigger footprints in international law.

⁵ Fundamental Rights and Freedoms.

It looks as though the constitution declares a 'human right' to a safe and a healthy environment most unequivocally. This is true not only because of the clear terms in which the right is declared but because the right is listed in the third chapter of the constitution. Nevertheless upon closer scrutiny one will notice that the constitution does offer enough ambiguity as to its adherence to the rights approach to environmental law. This may be achieved in the hermeneutic of article 92(4) which indicates that the Ethiopian government and Citizens have a duty to protect the environment. A contrary reading of the article will show that the environment also has a correlative right against the government and citizens. Generally stated we can call this right; the "right of the environment to be protected". In this light we can no more argue that the constitution is following an unadulterated human rights approach to the environment since by virtue of the later interpretation the constitution incorporates an eco-centric understanding of environmental protection. This leads us to the first issue in our consideration of the constitution's approach to environmental law; i.e. whether the constitution has an anthropocentric or eco-centric approach to environmental protection.

Anthropocentrism V. Ecocentrism

The justification Environmental law can be based upon or traced back to two distinct philosophical/ethical thoughts. The first of these known as anthropocentrism which tries to justify environmental protection based on the value of the environment to human existence. As per this view environmental degradation is seen as undesirable not because of the intrinsic worth of the environment, ecological balance etc but because of the eventual harm the degradation will cause to other human beings whether of the present or future generations. Thus it is in this context that we can envisage the human rights approach to environmental protection. This view attempts to justify environmental protection on the ground that human beings have a right to live in a safe and healthy environment.¹

On the opposite side of the debate are the Ecocentrists who see the environment as having an intrinsic moral value without considering its usefulness to human beings.² Aldo Leopold an important figure in this ethical line of thought argues that it is an inevitable aspect of human evolution that we should start to consider ourselves as one amongst a community of nature.³ In his view:

a land ethic changes the role of Homo sapiens from conqueror of the land community to plain member and citizen of it. It implies respect for his fellow members and respect for the community as such.

Stone and his like also argue that the best way to protect the environment is to confer rights on them. In his article 'Should Trees have Standing?' he argues that the idea of non-living things having rights is not as unthinkable as anthropocentrists suggest since not long ago it used to be thought that women, children, peoples and ethnic minorities did not have rights. Thus pointing to the 'evolving nature of rights' he suggests that the environment

¹ Encyclopedia Britannica online, environmentalism.

² Followers of this line have often labeled anthropocentrism as; human Chauvinism, speciesism, human racism, and systematic prejudice against non-human species etc ...

³ Mellese Damte, International Environmental Law Short notes,[Unpublished] P.14

should be included into the club of right-holders since “until the right less thing receives its rights, we can not see it as anything but a thing for the use of us.”¹

The following table succinctly summarizes the commonly invoked differences between the anthropocentric and ecocentric perspectives on environmental ethics.²

Table 2: *Differences in perspective between anthropocentrists and ecocentrists.*

ISSUE	ANTHROPOCENTRISM	ECOCENTRISM
Placing of humans with respect to nature	Humans are uniquely different from, and superior to, the rest of the biological world.	Humans are but another member of the world biological community.
Limitations on the human-environment relationship	There are nearly unlimited possibilities to what humans can do with the environment.	There are important limits to what humans can do with the environment.
Sources of meaning	Progress, efficiency, independence.	Stability, conservation, interdependence.
Criteria for allocation of resources	Decisions should be made to maximize the value of total net benefits to humans.	Decisions should be made in context where all organisms - humans included - have equal standing.

Now coming back to the FDRE constitution it is not very clear if it is anthropocentric or ecocentric in its approach toward the environmental issue. As pointed out earlier it incorporates a great deal of anthropocentrism since it is premised on the rights approach to the issue. On the other hand it is also ecocentric since it declares the right of the natural environment to protection. But despite I will argue that the constitution is or should be read in anthropocentric terms.

The main argument in favor of the adoption of the ecocentric approach seems to rest on its ability to give nature a better protection by allowing it to possess rights and a capacity to be represented in a court of law. This apparently seems to have the support of (or has been adopted by) the Environmental Pollution Control Proclamation.³ This law prescribes: "Any person shall have, without the need to show any vested interest, the right to lodge a complaint at the Authority or the relevant regional environmental agency against any person allegedly causing actual or potential damage to the environment," and that: "When the Authority or regional environmental agency fails to give a decision within thirty days or when the person who has lodged the complaint is dissatisfied with the decision, he may institute a court case with in sixty days from the date the decision was given or the deadline for decision has elapsed."⁴ Although this provision cannot stand by itself as proof of an ecocentric orientation the same proclamation also declares, in its preamble, that the

¹ See Sionadh Douglass-Scott, *Environmental Rights: Taking the Environment seriously* In Conor Gearty and Adam Tomkins (eds.) *Understanding Human Rights*, London and New York (1996) P. 442

² Alejandro Flores and Tim W. Clark *Finding Common Ground in Biological Conservation: Beyond the Anthropocentric vs. Biocentric Controversy*

³ Proclamation No. 300/2002

⁴ Ibid.

protection of the environment in general and the protection of the biota and the esthetic value of nature is the duty of everyone. Thus the influence of ecocentrism in the Ethiopian legal system cannot be denied.

Beyond this instance of ecocentrism the greater portion of Ethiopian law seems to lend support to the anthropocentric human rights approach to environmental regulation. First of all, the right of persons to a clean and a healthy environment is declared in the third chapter of the constitution which is the most important part of the constitution not least because the constitution itself declares so¹ but human rights also constitute one of the fundamental principles of the constitution.² And second of all, the environmental legislations also tend to favor the human rights and sustainable development approach to environmental protection. These laws primarily aim towards the "safeguarding human health and well being"³, minimizing the "counter-productive" effects of "social and economic development",⁴ help to "bring about intended development",⁵ promote "sustainable development"⁶ "implementation of environmental rights",⁷ and the "maximization of socio economic benefits".⁸

In conjunction to the prevalence of the anthropocentric human rights approach in the legal system⁹ we may also consider some arguments that should support the predominance of this approach. The first of these argumentations is that the ecocentric approach will prove to be unpractical given that it will require the elimination of the concern for human interests in the political system inhabited by human agents.¹⁰ That is, the approach is self-destructive since it will not be able to convince human beings (and pragmatic politicians) to give up human interests in favor of non-human beings. This is further strengthened by the fact that the majority of Ethiopia's population is religiously predestined to support an anthropocentric view as a matter of faith because the majority of the population is either

¹ FDRE Constitution article 13(1).

² FDRE Constitution article 10.

³ Preamble of Proclamation No. 300/2002.

⁴ Ibid.

⁵ Preamble of Environmental Impact Assessment Proclamation No. 299/2002.

⁶ Ibid

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Note also that the Environmental policies of the country, although not legally binding may give some strength to the argument that an anthropocentric view is being perused in Ethiopia. See for example Transitional Government of Ethiopia, Natural Resources Development and Environmental Protection Strategy and Major Programmes, National Conservation Strategy Secretariat Ministry of Natural Resources Development and Environmental Protection, P22

Addis Ababa October, 1994. The Key Guiding Principles of the Federal Policy on Natural Resources and the Environment is that every person has a right to live in a healthy environment. And also see Operational Arrangements, Environmental Protection Authority in collaboration with Ministry of Economic Development and Cooperation, P. 10; Addis Ababa, April 1997. Which declares that the guiding principles of the policy should in addition to "Be[ing] consistent with Article 44 of the Constitution and assure all people living in the country of their fundamental right to an environment adequate for their health and well-being" also uphold the right to public participation and sustainable development(rights that I have discussed in the proceeding part).

¹⁰ Andrew Light, *Contemporary Environmental Ethics From Metaethics to Public Philosophy*, Metaphilosophy, Vol. 33 No. 4 Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishers Ltd. (July 2002).

Muslim or Christian.¹ The human rights approach is also desirable because of the distinct advantages inherent in human rights discourse. First of all the human rights approach allows environmentalists and victims of specific environmental issues a stronger claim in the face of political and legal forums. An applicant who is equipped with an argument based on a 'human right' will wield a stronger claim than one arguing in the language of an environmental policy because rights are perceived, borrowing Dworkin's terminology, as trumps which over-ride policy considerations.² This trumping effect of human rights is reaffirmed in article 13(1) of the constitution which declares that "All Federal and state legislative, executive and judicial organs at all levels shall have the responsibility and duty to respect and enforce the provisions of this Chapter. Second, when looked at procedurally it is known that claimants of human rights are given much more flexibility when it comes to the rules of legal standing or a shifting the burden of proof, thus transferring the burden on those who inflict harm on the environment.³ And third the human rights approach may have a chain or domino effect of provoking or stimulating political controversy and debate on environmental issues.⁴ It at least has the potential to do so because the public will be more sensitive or responsive to a human rights issue than most other issues. And finally there is that flexibility of human rights that can be imported to environmental protection.⁵ The history of human rights will show how they have managed to solve the timely problems of different generations thorough their interpretation and re-interpretation by the judiciary.

Section Three: Duties of the Government Towards the right to a Safe and a Healthy Environment

The inclusion of the right to a clean and a healthy environment in the third chapter of the constitution of Federal Democratic Republic of Ethiopia assures us that the right is of at most prominence. This prominence is expressed by the constitution in explicit terms in that "any government policy, decision of an organ of state, customary practice or law" which is evidently contrary to necessary environmental interests or the right to a safe and a healthy environment will be null and void.⁶ Thus having established the prominence of the human rights approach in Ethiopian law we will now consider what kinds of correlative duties or obligations this right imposes on the government. For the sake of clarity we will divide these duties into two: negative obligations and positive obligations.

¹ Although I have to admit that these religions might have biocentric interpretations the mainstream view in both religions is anthropocentric. The Bible, for example, orders human beings to "fill the earth and subdue it, and have dominion over the fish and of the sea and over the birds of the air and over every living thing"(Genesis 1:26). And the Quran also states:" and the cattle he(God has created for you; from them you derive warmth, and numerous benefits... And horses mules and donkies, for you to ride and as an adornment..."(An-nahl 5-8).

² Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1978) Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

³ Supra note 2, P.426

⁴ Ibid.

⁵ Patricia W.Birnie and Alan B.Boyle, The structure of International Environmental Law III: The Role of National Law and the Right to a decent Environment ed. 1992 Clarendon Press Oxford P.189

⁶ FDRE Constitution Article 13(1).

The negative or "hands-off" duty imposed on the state by the right to a safe and a healthy environment can be expressed in terms of the government's duty not to violate the right. To assert that the government has a duty not to directly violate the right to the environment means that the government has the government should not and cannot pollute the environment in which the human person inhabits. This duty can be read into article 92(2) which can be understood as declaring that "[t]he design and implementation of programmes and projects of development" undertaken by the government "shall not damage or destroy the environment." The article ofcourse does more than to declare a negative duty.

The assertion that the government has a negative obligation not to destroy the environment is particularly strong since the constitution declares the right as an individual human right. This can be inferred from the phraseology of article 44 of the constitution which reads "ALL PERSONS have a right to ..." And if the right is declared as such it will necessarily mean that the individual can sue the government whenever the later has polluted the environment in which the individual lives. This sort of a case can be envisaged where government corporations or agencies pollute the environment, in which case the government will be duty bound to cease the pollution, undo the completed harm and to indemnify the injured individual.

The rest of the obligations of the state are primarily understood in terms of the positive obligations of the state to take some action to preserve the human environment. The first of these is the government's duty to establish legal and judicial machinery that is intended to preserve a clean and a healthy environment. The government primarily has the obligation to make detailed laws which will make it possible for the population to exercise the right to a safe and a healthy environment.¹ The duty to set up a sound judicial system being an obligation that is associated with other duties of the government the obligation, when seen in particular to environmental rights, concerns the establishment of a sound administrative machinery and the right to appeal in a court of law on environmental law concerns.²

And second the constitution prescribes on the government a positive duty to enable individuals and groups to participate in decision-making process which concern their immediate environment. This obligation emanates from the constitution and is also entrenched in the positive laws of the country. The core source of this right is article 92 of the constitution which declares that "People have the right to full consultation and to the expression of views-in the planning and implementation of environmental policies and projects that affect them directly." Additionally the constitution also contains a general provision in article 29 specifies that the freedom of the press shall specifically include Access to information of public interest. A combined reading of these articles explains to a great length why the laws on environmental law demand the government make environmental impact assessment studies accessible to the public and to incorporate the opinion of the public in the report.³ The law also requires the Federal Environmental

¹ See, Environmental Protection Authority Establishment Proclamation, ProclamationNo. 9/1995, Environmental Protection Organs Establishment Proclamation, Proclamation No. 295/2002 Environmental Impact Assessment Proclamation, Proclamation No. 299/2002, Environmental Pollution Control Proclamation, Proclamation No. 300/2002.

² See article 11 of Proclamation No. 300/2002.

³ See article 15 of the Environmental Impact Assessment Proclamation, Proclamation No. 299/2002,

Protection Authority to prepare and publicize a periodic report on the state of the environment in the country and to provide environmental education programmes.¹

The government is also expected to assume more far reaching duties than those that we have discussed so far. The government is required to put an extra effort in protecting the right to a safe and a healthy environment in that it is ha a duty to "endeavor to ensure that all Ethiopians live in a clean and healthy environment."² Furthermore although the constitution provides that "citizens shall have the duty to protect the environment"³ it is not clear as to how this duty is to be interpreted and put to practice.

Part Four: The Relationship of the Right to the Environment with Other Human Rights

It has been asserted that human rights are interdependent and inter-related and that the violation of one right usually entails the violation of another set of rights and it is usually the case that many rights cannot be respected unless some other rights are also respected. But again it is also true that the respect of one right can mean the violation of another. For example if the right to access to information were abolished one could hardly imagine how the right to religion, assembly or democracy could have any value. But at the same time the right to access to information could be legitimately limited for the protection of the right to privacy or the right to honor and reputation. The right to a safe and a healthy environment is no exception when it comes to the love-hate relationship between rights.

Life

The right to a safe and a safe and a healthy environment has a very close affinity to the right to life. In fact many countries that do not protect the right to the environment in their constitution tend to use a wide interpretation of the right to life in order to give protection the former. A pertinent example is provided by the Supreme Court whose reasoning we will provide for its clear statement of the relationship. The Court has held:

*"It would be reasonable to hold that the enjoyment of life and its attainment and fulfillment guaranteed by Article 21 of the constitution embraces the protection and preservation of nature's gifts without which life cannot be enjoyed. There can be no reason why practice of violent extinguishment of life alone should be regarded as violative of Article 21 of the constitution. The slow poisoning by the polluted atmosphere caused by environmental pollution and spoilation should also be regarded as amounting to violation of Article 21..."*⁴

The criminal code of the FDRE also acknowledges this connection by proclaiming that any person who pollutes the environment will be punished and where the pollution has resulted in the death of any human being the punishment is increased two fold.⁵ The code thus not only recognizes the connection between the right to life and the right to a safe and a healthy environment but puts the destruction of life at the climax of environmental harm.

Information and Participation

¹ article 6(16) and (17) of the Environmental Impact Assessment Proclamation, Proclamation No. 295/2002,

² FDRE Constitution Article 92 (1).

³ FDRE Constitution Article 92 (4).

⁴ Quoted by : Shyam Divan (etal) Environmental Law and policy in India, Oxford University Press, UK (2nd ed. 2002) p.51

⁵ Article 519 of, The Criminal Code of the Federal Democratic Republic of Ethiopia proclamation No.414/2004 9th of May, 2005 Addis Ababa

The right to access to information is one of the most important mechanisms created by the FDRE Constitution to ensure that Ethiopia smoothly reaches its democratic ambitions. When read in conjunction with article 92 of the constitution it becomes clear that the constitution aims towards extending its democratic principles to environmental regulation. It is in this light that the constitution declares rights to free thought, opinion, expression, assembly, demonstration, petition, association, election, self-determination¹ etc... so as to ensure that the democratic institutions it has created function properly both in the political arena in general and in environmental regulation in particular. The importance of public participation in environmental protection is also emphasized by international environmental instruments. For example the Rio Declaration principle 10 provides that environmental concerns are best dealt with through the involvement of all affected citizens.

Right to Justice

Article 37 of the constitution prescribes: "Everyone has a right to bring a justiciable matter to a court of law and obtain a judgment." This right is connected to environmental protection since we cannot enforce the right in the absence of this right in case the government fails to comply with the constitutional provisions that gave the right in the first place. The connection of this right to environmental protection is made in Article 10 of both in the Rio Declaration and Agenda 21. The same connection is also established in article 11 of the Environmental Pollution Control Proclamation.²

Right to Development

So far we have been considering rights that complement rather than contradict the right to a safe and a healthy environment. One right that is recognized by the constitution never the less contradicts head on with the right to the environment. This right is the right to development. The constitution declares that the people of Ethiopia, each nationality and individuals have a right to development.³ This may in effect mean that in the process of developing the right holders could damage the environment!

The constitution after creating this problem never the less tries to solve the same by proposing a thesis of a sustainable development as a compromise solution. The Brundtland Report which defined Sustainable development for the first time sets forth a concept that implies development that meets the needs of the present generation without compromising the ability of future generations to meet theirs.⁴ Thus by accepting the right of the peoples of Ethiopia to a sustainable development the constitution does not only try to solve the conflict between two rights but also a right of future generations to meet their needs of development and at the same time to live in a safe and a healthy environment.

The constitution also goes further to state that "[t]he basic aim of development activities shall be to enhance the capacity of citizens for development and to meet their basic needs."⁵ This implies that the constitution follows a basic needs approach to the issue of development. The basic needs approach focuses on the need to ensure that everyone has

¹ Ibid, articles 29, 30, 31, 38, and 39 respectively.

² Proclamation No. 300/2002.

³ FDRE Constitution article 43(1).

⁴ Duty to Future Generations, Environmental change and International Law: New Challenges and Dimensions: available at <http://www.unu.edu/unupress/unubooks/uu25eeoo.htm> accessed on 7/23/2006

⁵ FDRE Constitution article 43(4).

access to enough basic goods and services to maintain a level of living above a basic minimum, as a prime objective of development endeavors.¹

Right to Property and Privacy

I have lumped these two rights because they share the character of being those rights that are the victims of the right to a safe and a healthy environment. That is the two rights are sacrificed for the sake of the protection of the right to the environment. A very good example is provided by the Environmental Pollution Control Proclamation.² The proclamation for instance provides that environmental inspectors can enter any land or premises at any time which seems appropriate to them without prior notice or court order; question any person alone or in the presence of witnesses; check, copy or extract any paper, file or any other document related to pollution; take, free of charge, samples of any material as required and carry out or cause to be carried out tests to determine whether or not it causes harm to the environment or to life; take photographs, measure, draw, or examine any commodity, process or facility in order to ensure compliance with this Proclamation and with any other relevant law; seize any equipment or any other object which is believed to have been used in the commission of an offence under the proclamation etc...³ All these rules show us that the protection of the right to a safe and a healthy environment has outweighed, at least in the opinion of the parliament, the individual rights of privacy and property.

Conclusion

Although the right to a clean and a healthy environment has not established itself as a binding rule of international law it has never the less been enshrined in the constitutions of many states. Even where the right has not been so clearly established in constitutional law many domestic courts in the world have succeeded in protection the right as an extension of the right to life. In Ethiopia the right to a clean and a healthy environment has been incorporated in the third chapter of the constitution. The FDRE Constitution assures that any government policy, decision of an organ of state, customary practice or law which is evidently contrary to necessary environmental interests will be null and void. We have seen that not only is there a negative duty on the government but there are positive duties expected of the government in the protection of the right to the environment. We have also seen that the right has been incorporated in various proclamations of the country. It is hoped that this paper has contributed to the understanding of the right to access to information as a human right and particularly in the context of its interaction with other rights.

¹ Frances Stewart, *Basic Needs Strategies, Human Rights and the Right to Development*, Human Rights Quarterly, Vol. 11 No. 3 (Aug 1989) P.348.

² Proclamation No. 300/2002.

³ Ibid article 8(1).

THE SEXUAL EXPLOITATION OF CHILD SOLDIERS IN THE DRC: A VICTIM-CENTERED APPROACH UTILIZING HUMAN TRAFFICKING PRINCIPLES

By JESSICA NANN MADSEN

*LL.M Student, St. Thomas University, School Of Law
Miami, Florida*

Abstract

This article examines the use and recruitment of boy-child soldiers in the civil war of the Democratic Republic of the Congo in the context of international human trafficking instruments and principles by utilizing its victim-center approaches. It further analyzes the effects of gender-mainstreaming on the sexual exploitation of boy-child soldiers and their ability to successfully reintegrate back into society.

Keywords:

Boy-child soldiers; Democratic Republic of the Congo; Human Trafficking; Victim-centered Approach; Sexual exploitation; Gender Mainstreaming; International Law

I. Delimitation of the Problem

Introduction

Beginning in the early 1990s, the international community began to pay particular attention to the widespread use of children in armed conflicts throughout Africa.¹ This heightened awareness arose partly due to the extreme hostilities that commenced in the eastern Democratic Republic of the Congo (DRC). The civil war in the DRC has been deemed the worst humanitarian crisis in the world and the widest interstate war in African history.² The war has been fueled by the exploitation of the country's natural resources by local and foreign armies and private enterprises.³ As of 1996 this conflict has caused more deaths than any other war since World War II either from combat, disease, or malnutrition.⁴ It has involved nine African nations, affected the lives of over fifty million Congolese, and has killed approximately 5 million people.⁵ Currently, the DRC is one of the countries of the world with the largest number of child soldiers.⁶ An estimated 30,000 children have been fighting for all armed forces in the civil war since its inception.⁷ The recruitment and

¹ Christina Clark, *Child Soldiers: Challenging Sensational Stereotypes*, Pambazuka News. Weekly Forum For Social Justice in Africa. Iss. 168 (Aug 2004) available at <http://www.pambazuka.org/en/category/features/23696> [hereinafter Clark]

² Stop Raping Our Greatest Resource: Power to Women and Girls of the Democratic Republic of the Congo, available at http://www.stoprapeindrc.org/index_37.html [hereinafter Stop]

³ Id.

⁴ Id.

⁵ Id.

⁶ Protection Project, *Democratic Republic of the Congo*, available at http://74.125.47.132/search?q=cache:CeQ598nDZmMJ:www.protectionproject.org/human_rights_reports/report_documents/congod.doc+DRC+government+provides+funds+to+armed+forces+that+recruit+child+soldiers&cd=4&hl=en&ct=clnk&gl=us

⁷ Id.

use of children for combat is outlawed by various measures of international human rights, humanitarian, labor, and criminal law, but it has not been fully examined in the context of human trafficking on a global scale. Child soldiering is a unique and severe manifestation of trafficking in persons that involves the unlawful recruitment of children through force, coercion, or fraud to be exploited for their labor or to be abused as sex slaves in conflict areas, and, must be viewed as such.¹ The benefit of expanding current international instruments that prohibit the recruitment of children into the armed forces to encompass human trafficking guidelines is to prevent the act, protect the victims, and to prosecute the perpetrators. Within these guidelines is a victim-centered approach that requires nations to address the issues of rescuing child soldiers, rehabilitating them, and assisting in the reintegration process.² With these additional approaches, States will be obligated to provide proof of prevention methods, create new or enforce current legislation imposing strict punishments, and provide resources to protect victims of child soldiering. This expansion leads to greater awareness of child soldiering and global cooperation among State parties. More importantly, the emphasis is placed on the victim and towards contributing to the necessary skill building that is essential to reintegrating children back into society.

Additionally, when the individual child's needs are considered utilizing this victim-centered approach under the human trafficking principles, monolithic assumptions about gender roles in armed conflict can be diminished. Although greater awareness is important in responding to the use of child soldiers in the armed forces, thus far, both gender mainstreaming in the recent international bodies specific to children in armed conflicts and popular images have too often sensationalized the issue, with counter-productive consequences.³ Ubiquitous media images of boys with guns as the epitome of child soldiering and girl sex slaves as the "victims" of conflict obscure the fact that many other children, both male and female, play a variety of different roles in armed conflict.⁴ All children, both boys and girls, are vulnerable to sexual abuse and exploitation by others in the armed group.⁵ However, the global extent of the boy-child soldier who has been sexually exploited in armed conflict remains a major empirical and theoretical concept to be addressed.⁶ The consequences of continuing to neglect boy-child soldiers who have been sexually exploited will only foster perpetuation of its existence and restrict any possibility of recognition, prevention, protection, or recovery. Understanding first that child soldiering is a human trafficking matter is crucial to the recognition of the act as child exploitation and in the State's obligations to prevent, protect, and prosecute. Once the

¹ U.S. Department of State, Trafficking in Persons Report (2008), available at <http://www.state.gov/documents/organization/105655.pdf> [hereinafter TIP]

² *Id.* at 5.

³ Clark, *supra* note 1.

⁴ *Id.*

⁵ Mark Lorey, *Child Soldiers: Care & Protection of Children in Emergencies; A Field Guide*, (2001), available at <http://74.125.113.132/search?q=cache:FndGCUYhRtIJ:www.savethechildren.org/publications/technical-resources/emergenciesprotection/ChildSoldiersFieldGuide.pdf+Why+are+boys+the+target+of+child+soldiers%3F&hl=en&ct=clnk&cd=6&gl=us> [hereinafter CS Manual]

⁶ Lisa Alfredson, *Sexual Exploitation of Child Soldiers: An Exploration and Analysis of Global Dimensions and Trends*, available at <http://74.125.47.132/search?q=cache:zcP05tUu7lwJ:www.reliefweb.int/rw/lib.nsf/db900sid/LGEL-5RPBPA/%24file/csuscexploit.pdf%3Fopenelement+sexual+exploitation+of+boy+child+soldiers&hl=en&ct=clnk&cd=1&gl=us> [hereinafter Lisa]

international community is able to fully comprehend the nature and extent of the sexual exploitation involved with each individual child attempting to be reintegrated into society, it is only then that we can begin to dismantle the inappropriate preconceived notions about who is being sexually exploited during wartime, and, assist in the rescue, rehabilitation, and recovery process. This article aims to provide a detailed factual basis as to who is a child soldier (Part A), how the dilemma of child soldiering has been viewed by the international community thus far (Part B), an establishment of child soldiering as a form of human trafficking (Part C), and a brief overview of how recent gender mainstreaming has created inequality for boy-child soldiers who have been sexually exploited in the civil war of the DRC (Part D). It will further consider the conflicting claims of the major stakeholders involved, both in the international realm and in the DRC (Part II), the past trends in decision making by the DRC government to combat child soldiering and the sexual exploitation of boy-child soldiers (Part III), prediction of future trends in gender mainstreaming and human trafficking agreements (Part IV), and recommendations for the future of boy-child soldiers in the interest of human dignity (Part V).

A. Definition of a Child Soldier

“The youngest patient seen at the MSF [*Médecins sans Frontières*] clinic has been a 10 year old boy who was raped by an armed man, while his mother was violated by two others.”¹ This boy-child soldier from the DRC is just one of an estimated 300,000 boys and girls, under the age of 18, who are involved in more than 30 armed conflicts worldwide.² Although most child soldiers are between 15 and 18 years old, significant recruitment starts at the age of 10 and the use of even younger children has been recorded.³ While there is no precise universally accepted definition of a child soldier, both the United Nations Children’s Fund (UNICEF) and the Coalition to Stop the Use of Child Soldiers (CSUCS), produced a definition based on *The Cape Town Principles and Best Practices on the Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa*, which defines a child soldier as: any person under 18 years of age who is part of any kind of regular or irregular armed force or armed group in any capacity, including but not limited to cooks, porters, messengers and anyone accompanying such groups, other than family members.⁴ The definition includes girls recruited for sexual purposes and for forced marriage.⁵ It does not, therefore, only refer to a child who is carrying or has carried arms.⁶

¹ Doctors Without Borders, *I have no Joy, I have No Peace of Mind.*” Médecins sans Frontières (MSF) Medical, Psychological, and Socio-Economic Consequences of Sexual Violence in Eastern DRC at 16 (2004) available at http://doctorswithoutborders.org/publications/reports/2004/sexualviolence_2004.pdf [hereinafter MSF]

² UNICEF, *Fact Sheet: Child Soldiers*, available at <http://www.unicef.org/emerg/files/childsoldiers.pdf>

³ Amnesty Int’l, *About Child Soldiers*, available at <http://www.amnestyusa.org/children/child-soldiers/about-child-soldiers/page.do?id=1021176>

⁴ UNICEF, *Fact Sheet: Child Soldiers*, available at <http://www.unicef.org/emerg/files/childsoldiers.pdf>

⁵ Id.

⁶ Id.

B. Perceptions about Child Soldiering

The majority of boys and girls become involved in a variety of armed political groups such as government-backed armies or paramilitary units, militias, and rebel forces.¹ Other groups include those opposed to the central government or groups composed of a specific ethnic or religious faction fighting each other or the government to protect territory or resources.² An individual child may be recruited in one of three ways: through forced abduction, by the government army, or “voluntarily.”³ The most common means of recruitment is forced abductions of young children from their homes, the streets, schools, or orphanages.⁴ Although there is this notion of “voluntary” enlistment of children into the armed forces, children rarely join willingly. Most children who do “voluntarily” join a political group do so in order to survive. Children are extremely susceptible to recruitment if they are living in or near a conflict zone, if they are separated from or without caregivers, are socially or economically marginalized, or a member of a targeted minority group.⁵ While it has been generally understood that children, both boys and girls, are recruited into the armed forces to be used as combatants, they are also made to unlawfully serve as porters, cooks, spies, guards, messengers, and servants.⁶ Many young girls are forced to marry or have sex with male combatants and are at high risk for unwanted pregnancies.⁷ Children have young malleable minds that can be easily manipulated, forced, or subjugated by older commanders into committing atrocities. They are agile, quick, small in size, and can be used on the battlefield to slip through enemy lines unnoticed to carry bombs and be effective spies.⁸ Children are more likely to be loyal and take risks.⁹ They are considered cheap labor and eat very little.¹⁰ They can be easily desensitized with the use of drugs and the falsity that they are fighting for the loss of their family members.¹¹ Children are forced to commit severe barbaric acts against each other, their families, and their communities.¹² Children are frequently killed or brutally wounded with limited medical assistance.¹³ Demobilization, disarmament, and reintegration programs (DDR) have been created throughout the world, both during and after a conflict, in an effort to assist child soldiers in gaining the necessary skills to return to their communities.¹⁴ However, these programs lack the funding and resources required to be effective.¹⁵ In

¹ Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, Some Facts, available at <http://www.child-soldiers.org/childsoldiers/some-facts> [hereinafter Coalition]

² *Id.*

³ CS Manual, *supra* note 12.

⁴ *Id.* at 16.

⁵ *Id.* at 17-18.

⁶ TIP, *supra* note 8, at 21.

⁷ *Id.* at 21.

⁸ CS Manual, *supra*, note 12, at 3.

⁹ *Id.* at 17.

¹⁰ GoalUSA, *Vulnerable Children, Child Soldiers*, (2007), available at <http://www.goalusa.org/about/Vulnerable%20children.pdf>

¹¹ CS Manual, *supra*, at note 12, at 5.

¹² Tip, *supra* note 8, at 23.

¹³ Coalition, *supra* note 20.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

recent years, progress has been made in the creation of an international legal and policy framework in the protection of children in the armed forces.¹

C. Child Soldiering as a Form of Human Trafficking

Child trafficking has become a serious problem that has attracted worldwide attention.² Trafficking of children violates the inherent right of a child to grow up in a protective environment and the right to be free from all forms of abuse and exploitation.³ It violates the universal human right to life, liberty, and freedom from slavery in all its forms.⁴ The United Nations Protocol to Prevent, Suppress, and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (“Palermo Protocol”) was the first international treaty to address human trafficking.⁵ It requires a transnational comprehensive approach in the countries of origin, transit, and destination which includes measures to prevent trafficking, punish the traffickers, and protect the victims, including the protection of human rights. It created a globally accepted definition of “trafficking in persons,” to mean, the recruitment, transportation, transfer, harboring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation.⁶ Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labor or services, slavery, or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.⁷ The list of the forms of human trafficking are meant to be non-exhaustive, allowing for the inclusion of child soldiering in its definition. The consent of a trafficked victim becomes irrelevant if the means are proven.⁸ A child is defined as an individual under the age of 18.⁹ All three elements of action (recruitment), means (force/coercion/threat), and purpose (exploitation) must be met in order to prove the act of human trafficking has taken place by the perpetrator. The DRC acceded to the Palermo Protocol October 28, 2005, in which it became legally bound to the terms of both the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Palermo Protocol.¹⁰ The current domestic and public international laws and policies addressing the concerns of child soldiers have not been sufficient. Considering child soldiering as a form of human trafficking combines both

¹ Coalition, *supra* note 20.

² ILO/IPEC, *Rapid Assessment Report in Trafficking of Children into Worst forms of Child Labor, including Child Soldiers in Uganda*, (Feb 2007), available at http://www.ilo.org/public/english/region/afpro/daressalaam/download/c_trafficking_uganda.pdf [hereinafter ILO]

³ *Id.* at 5.

⁴ *Id.* at 5.

⁵ The United Nations Protocol to Prevent, Suppress, and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, November 15, 2000, G.A. Res. 55/25, U.N. Doc. A/Res/55/383 available at <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/index.html> [hereinafter Protocol]

⁶ *Id.* art. III.

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*

¹⁰ UNDOC, available at <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/countrylist-trafficking-protocol.html>

a human rights and criminal perspective that demands a global response ensuring more State obligations and victim protection. The global community needs to undertake and execute human trafficking instruments in an effort to provide child soldiers, especially sexually exploited boy-child soldiers, with a holistic approach to rehabilitation and reintegration.

D. The Boy-child Soldier and his Sexual Exploitation: the Case of DRC

Sexual violence has been an intimate partner of war throughout human history, but due to the chronic under-reporting by both victims and authorities, determining its extent in armed conflicts is extremely difficult.¹ A variety of analyses on gender and conflict ignore or under estimate the gender-based violence that is committed against the boy-child soldier.² It is well known that war and sexual exploitation against women and girls go hand and hand.³ What is less realized is that armed conflict and its aftermath bring sexual danger for boys as well.⁴ Child sexual exploitation is defined as a situation in which a person takes unfair advantage of some imbalance of power between themselves and an individual under the age of 18 in an effort to sexually use them.⁵ In the last decade, sexualized violence against boys, including rape, sexual torture, and sexual humiliation, mutilation of the genitals, sexual enslavement, and forced incest; has been reported in 25 armed conflicts throughout the globe.⁶ If this were to include the number of cases of sexual exploitation of boys that have been displaced by war, the list would encompass 59 armed conflicts.⁷ The problem of sexual exploitation against the boy-child soldier is not unfamiliar to the humanitarian community.⁸ Many international organizations, UN agencies, governmental and nongovernmental, and, international and national courts have acknowledged this issue.⁹ However, sexual exploitation of the boy-child soldier remains largely undocumented.¹⁰ When the international community began to pay particular attention to the topic of child soldiers and sexual exploitation, through the use of mainstreaming gender issues in the creation of its instruments, it began to lose sight of this major concern. Gender mainstreaming is the process of assessing the implications for both men and women of any planned action, including legislation, policies or programs, in all areas and at all levels.¹¹ The goal is to achieve gender equality.¹² However, beginning with the

¹ Human Security Report, Part III Assault on the Vulnerable at 107 (2005), available at http://www.humansecurityreport.info/HSR2005_PDF/Part3.pdf

² *Id.* at 110.

³ Wynnee Russell, *Sexual Violence Against Men and Boys*, at 22 available at <http://www.fmreview.org/FMRpdfs/FMR27/12.pdf> [hereinafter Russell]

⁴ *Id.*

⁵ Lisa, *supra* note 13 at 1.

⁶ Russell, *supra* note 47 at 22.

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

⁹ *Id.* at 22.

¹⁰ *Id.* at 22.

¹¹ Women's Commission for Refugee Women and Children, *Masculinities: Male Roles and Male Involvement in the Promotion of Gender Equality: A Resource Packet* at 4 (2005), available at http://74.125.47.132/search?q=cache:zfk3_sXbeHUJ:www.unicef.org/emerg/files/male_roles.pdf+negative+effects+of+mainstreaming+gender+on+boy+child+soldiering&cd=8&hl=en&ct=clnk&gl=us

¹² *Id.* at 4.

creation of international instruments such as the Vienna Declaration and Program of Action (VDPA), through to the more recent bodies such as the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict (CRCAC), the humanitarian community has imbued the world with a sense of gender inequality. The particular needs of the girl-child soldier are almost always emphasized in the media, UN resolutions, international treaties, and national legislation; however, the needs of the boy-child soldier are rarely addressed.

This lack of action globally has directly affected the measures conducted on both a regional and national level to a silent epidemic occurring right in its backyard. In Africa, sexual exploitation of children is on the rise over the entire continent.¹ Young boys are often recruited into the armed forces not only to fight, but also to sexually service the soldiers.² Rape and sexual exploitation in the civil war of the DRC has become so prevalent that virtually no family has been left untouched.³ Almost all girls and some boys have reported being raped or sexually exploited by their commanders or other soldiers in the armed group.⁴ The rape of young boy soldiers is often accompanied by acts of extreme violence, including bayonet or gunshot wounds to their genitals.⁵ Although very few boys have given detailed accounts of their attacks, several victims have sought treatment at centers assisting victims of sexual violence, such as the MSF clinic which has several locations throughout the DRC.⁶ These limited contacts with boy-child soldiers who have been sexually exploited in the armed conflict of the DRC provide an empirical basis from which the State's can assess and implement the necessary resources for successful recovery. Without recognition of this problem, there can be no resources or services in place for boys attempting to be rehabilitated and reintegrated. Boy-child soldiers should not have to live in further fear after demobilization due to social taboos and retaliation. States must be required, through the assistance of human trafficking instruments, to assure boy-child soldiers who have recently been demobilized that they will receive the adequate protection and resources to properly be rehabilitated and reintegrated with human dignity.

II. The Conflicting Claims

A. Recruiters

From the perspective of the recruiters, a prominent factor in the recruitment of child soldiers lies in their plenitude.⁷ With more than half of the entire population in the DRC under the age of 18, the selective pool of potential soldiers becomes very attractive for

¹ Free the Children, Sexual Exploitation, available at <http://www.freethechildren.com/getinvolved/geteducated/sexualexploitation.htm>

² Id.

³ WatchList, Country Reports. Democratic Republic of the Congo, Gender-Based Violence, available at http://www.watchlist.org/reports/files/dr_congo.report.20060426.php?p=11 [hereinafter WatchList]

⁴ UNHCR, *Child Soldiers Global Report 2004-DRC*, available at <http://www.unhcr.org/refworld/country,,CSCoAL,,COD,456d621e2,49880668c,0.html>

⁵ Amnesty Int'l, *DRC: Arming the East, Armed Sexual Violence*, available at <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AFR62/006/2005/en/103a9c0c-d4d2-11dd-8a23-d58a49c0d652/af620062005en.html>

⁶ MSF, *supra* note 14.

⁷ Timothy Webster, *Babies with Arms: International Law and Child Soldiers*, 9.39 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 227, 234-5 (2007).

commanders to draw from.¹ The entire population in the DRC is 57.5 million, while there are only 57,000 reported lawful soldiers in the government armed forces.² Faced with the shortages in manpower, the armed forces turn to younger sources to fulfill their ranks.³ Children are easily persuaded into carrying out orders for persons in authoritative positions, remain relatively loyal due to their lack of commitment to their lost family unit, and lack inhibitions which allow them to become a deadly weapon when called upon.⁴ Their size, agility, and stamina all become appealing qualities to the brigade as these allow for the soldier to perform a multitude of activities that are quite difficult for adults.⁵ With the new advancements in technology, children are able to carry large lightweight lethal guns at extremely low prices.⁶

In a conflict zone, many children are suffering from familial, economic, social, and educational hardships. Recruiters are often seen as insidious manipulative men who abduct or forcibly recruit children into their group. However, these men are fighting for a cause, a belief in liberation for their people, or for a better life. Whether or not this belief is foundationless is irrelevant, because many of the soldiers genuinely perceive their actions to be in defense of their rights. They may imagine that they are acting in the best interests of the child by recruiting them into their group by offering a better life once they have “won” the war. While most troops are familiar with both national and international laws criminalizing the use of child soldiers, many are not, or, are not able to decipher the ages of the children during the recruitment process. If the national government is not enforcing the child recruitment laws, the commanders may believe they are outside the reach of formal prosecution. They may deem all of the atrocities or violations of the child’s rights, such as sexual exploitation, as merely a necessity and/or consequence of warfare. The recruiters cannot function alone without the assistance of outside sources. Although many of the children are recruited into nongovernmental armed forces, both the DRC and the US government have been implicated in supporting armed opposition groups that recruit child soldiers.⁷

B. Parents

The parent(s) or caregiver(s) of children living in a conflict zone may contribute knowingly or unintentionally to the recruitment of their children into the armed forces. Children who are brought up in a wealthier, more educated, intact family unit are often left undisturbed by the armed forces, or the parent(s) can ransom them back.⁸ If children are raised in impoverished or marginalized backgrounds, or, eventually become separated from their family, they are more likely to be recruited as soldiers.⁹ Hunger and poverty

¹ *Id.*

² *Id.*

³ *Id.*

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*

⁷ Amnesty Int’l, *Help End the Use of Child Soldiers*, available at <http://www.amnestyusa.org/children/child-soldiers/background--help-end-the-use-of-child-soldiers/page.do?id=1191009>

⁸ *Id.*

⁹ United Nations Impact of Armed Conflict on Children available at <http://www.un.org/rights/concerns.htm> [hereinafter Impact]

frequently drive parents to offer their children for services.¹ Some parents surrender their children because they are not able to take care of their basic needs, while others may expect returns from recruiters after they overthrow the government successfully.² Armies may even pay the child's "wages" directly to the family.³ caregivers may encourage their daughters to enlist if their marriage prospects look dim.⁴ Or the parent themselves may join the armed group, enlisting the child with them.⁵ Parents might view their children joining the armed forces as a way of protecting both their children and themselves.

Parents tend to be rather ignorant to trafficking trends and sell their children to recruiters who promise work, education, and shelter for their children.⁶ They are often unaware of the ban on the recruitment of children in the armed forces and can be easily persuaded by manipulating trained officers to enlist their children in exchange for alleged perks.⁷ Or soldiers can force the caregiver to "consent" to the surrender of their child over to the armed group or threaten their lives if they refuse.⁸ The parent's awareness of the possibility of armed groups abducting their children has forced them to live in fear. They are afraid to send their children to work or to school which has only added to the cycle of poverty in the family dynamic. Their basic right to personal security is being impeded and they are not able to provide a protective environment for their families. There is no opportunity for sustainable development in a conflict zone and the recruiters repeatedly take advantage of the vulnerabilities of the breakdown of the family unit.

Whether or not caregivers are forced to surrender or "voluntarily" enlist their children into an armed group, many are well-aware that sexual violence is prevalent in the civil war of the DRC. They may have witnessed it first-hand or been victims themselves. Although it is widely understood that this atrocity is being used as a weapon of war, following the rape or sexual exploitation of women and girls, many of their families and communities ostracize them, condemning them and their children to live in poverty. However, very little is known about the family's perspective on boy sexual exploitation in the armed forces as there is limited data on this issue. In light of the community's reaction to young women and girls being raped or exploited, it could be presumed that boys would be receiving similar, if not worse, treatment.

C. Children

One of the most alarming trends relating to children and armed conflicts is their active participation as soldiers.⁹ Children of all ages are being forced, coerced, and induced to become combatants.¹⁰ Manipulated by adults, these children are drawn into a world of violence they are too young to resist and with consequences they cannot possibly imagine.¹¹ Surrounded by constant violence and conflict, they may "volunteer" for the

¹ Id.

² ILO, *supra* note 36 at 33.

³ Impact, *supra* note 72.

⁴ Id.

⁵ CS Manual, *supra* note 12 at 17.

⁶ ILO, *supra* note 36 at 9.

⁷ CS Manual, *supra* note 12 at 16.

⁸ ILO, *supra* note 36 at 33.

⁹ Impact, *supra* note 72.

¹⁰ Id.

¹¹ Id.

protection they believe carrying a weapon will afford them.¹ Participating in an armed group may be seen as a way to gain power or status.² This can become particularly appealing to children who have been victimized, perpetuating a cycle of violence.³ It can also be a way for the child to seek revenge for any mistreatment or victimization by the opposing group.⁴ Numerous children tend to feel a sense of hopelessness about the future and view joining the group as a way of gaining back control over their lives.⁵ Children may have no other choice but to join if they have lost one or both family members or have no access to other forms of protection.⁶

Children have not yet acquired the necessary cognitive developmental skills to assess the risks and decisions they will be forced to endure in a conflict.⁷ They are not fully aware of the dangers that lie ahead. They do not realize they will be desensitized with drugs, alcohol and gunpowder, and, forced to commit murder and rape against their loved ones and other children. They are not told they will be forced to work in harsh conditions, carrying numerous weapons and hiding in the bushes for days without food or water-with the possibility of death looming over their heads. Boy-child soldiers are not told they will be repeatedly raped and sexually exploited by their commanders at gunpoint. Once children have become soldiers, it is extremely difficult to reintegrate them back into society. Most children find it very hard to take orders from civilians after it was they who once decided if these civilians were going to live or die. They experience harsh withdrawal symptoms from the narcotics they have become addicted to in which the DDR programs are not equipped to handle. They suffer from post traumatic stress disorder (PTSD), flashbacks, and nightmares. Numerous children do not have families to return to and face the possibility of being re-recruited. If they are returned to a caregiver, it becomes very arduous for the child to regain sometimes years of childhood that have been lost. Learning to be a child again and go back to school after putting down their weapon is an enormous defeat.

D. International Community

1. Children in Armed Conflict

Until the adoption of the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC), there was no universal definition of a child.⁸ It defines a child to mean any individual below the age of 18 years unless under the law applicable to the child, majority has been attained earlier.⁹ The Convention further requires that the States are obligated to ensure that children under the age of 15 are not to take direct part in armed conflicts and for children that have reached the age of 15, but not yet 18, the parties to the conflict are to

¹ Id.

² CS Manual, *supra* note 12 at 17.

³ Id.

⁴ Id.

⁵ Id.

⁶ Id.

⁷ CS Manual, *supra* note 12 at 17.

⁸ United Nations Convention on the Rights of the Child, Nov. 20, 1989, G.A. Res. 44/25, U.N. Doc. A/Res/44/25, available at <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/crc.htm> [hereinafter CRC]

⁹ Id. at art. 1.

give priority to the older children in the recruitment process.¹ State parties have a duty to take the necessary measures to ensure the successful reintegration of child victims in an armed conflict.² The DRC ratified this Convention on October 27, 1990 in which it consented to all of the terms of the treaty.

The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict (CRCAC) was created setting the minimum age for direct participation in hostilities, recruitment into armed conflicts by nongovernmental or governmental armed forces, and compulsory recruitment by governments at 18.³ States may begin to accept volunteers for the armed forces at the age of 16, but it must provide a binding declaration at the time of ratification or accession, stating the voluntary age and the specific safeguards for such recruitment.⁴ Each State party has a duty to take the necessary legal and administrative measures to implement and enforce the Protocol in its own jurisdiction.⁵ Each State, after two years of ratification, has to provide a report to the Committee on the Rights of the Child, providing comprehensive measures it has taken to implement the provisions on participation and recruitment.⁶ The DRC ratified the Optional Protocol on November 11, 2001, with no declarations concerning the acceptance of voluntary recruitment of children into the armed forces at the age of 16.⁷ The International Criminal Court (ICC), governed by the Rome Statute, is the first permanent, treaty-based international criminal court established to prosecute war crimes, crimes against humanity, and genocide.⁸ The Rome Statute's definition of war crimes in an international armed conflict includes, conscripting or enlisting children under the age of 15 into the national armed forces or using them to participate actively in the hostilities.⁹ In its definition of war crimes in an internal conflict the statute includes, conscripting or enlisting children under the age of 15 into the national armed forces or using them to participate actively in the hostilities.¹⁰ When this international treaty was drafted, all delegates agreed that the terms "participate" and "using" would prohibit not only a child's direct participation in the hostilities, but also their active participation in military activities such as spying, scouting, sabotage, and, the use of children as couriers, decoys, or at military checkpoints.¹¹ The use of children in direct support functions is also

¹ *Id.* at art.38.

² *Id.* at art 39.

³ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict, May 25, 2000, G.A. Res. 54/263, U.N. Doc. A/Res/54/263, art. 3 available at <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/protocolchild.htm>

⁴ *Id.* at art. 3.

⁵ *Id.* at art. 7.

⁶ *Id.* at art.8.

⁷ United Nations Treaty Collection Database, Chapter IV Human Rights, available at http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en

⁸ International Criminal Court: About the Court, available at <http://www2.icc-cpi.int/Menus/ICC/About+the+Court/>

⁹ The Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, at 8, A/CONF.183/9, art. 8(2)(b)(xxvi), available at http://www2.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE94-0A655EB30E16/0/Rome_Statute_English.pdf [hereinafter Rome]

¹⁰ *Id.* at 9.

¹¹ Coalition, *supra* note 20 at International Standards.

prohibited.¹ The DRC government ratified the Rome Statute on April 11, 2002, becoming a State party to the ICC.²

On June 25, 1993, representatives of 171 States adopted by consensus the Vienna Declaration and Program of Action (VDPA) of the World Conference of Human Rights.³ The Plan of Action was created to renew the world community's commitment to the promotion of the fundamental basic human rights, paying particular attention to the rights of women, children, and disabled persons.⁴ It called upon all States to integrate the UNCRC into its national legislation.⁵ It declares that national and international mechanisms should be for the defense and protection of children, especially the girl-child in armed conflicts.⁶ It requests of all States and parties to an armed conflict to abide by international, national, and human rights guidelines with respect to children.⁷ National plans of action should be created to combat the problem of children in armed conflict.⁸ It called upon the Committee of the CRC to study the question of raising the minimum age of recruitment.⁹

The United Nations Security Council has passed a number of resolutions that condemn the use and recruitment of children in armed conflicts.¹⁰ The United Nations has been instrumental in the creation of international treaties, resolutions, committees, and representatives in promoting the prohibition of the use and recruitment of children in the armed forces, and, ensuring their protection. Additionally, there have been several major NGOs that have been critical in providing global awareness, preventing the use and recruitment of children in armed conflicts, and promoting their successful recovery and reintegration. Such NGOs include the Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, UNICEF, Amnesty International, Human Rights Watch, and the International Save the Children Alliance. All of these NGOs work to promote the adoption of international and domestic laws that prohibit the use of children in the military. Each of the organization's goals is to advocate, through the use of public education, research and monitoring, for the protection of child soldiers. They lay the legal and moral ground work for the protection of human rights to bring greater justice and peace to all children around the globe. The African Charter on the Rights and Welfare of the Child is the only regional treaty in the

¹ *Id.*

² International Criminal Court: State Parties, DRC, available at <http://www2.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/African+States/Democratic+Republic+of+the+Congo.htm>

³ United Nations Vienna Declaration and Program of Action of the World Conference of Human Rights, July 12, 1993, A/CONF.157/23, available at [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument) [hereinafter Vienna]

⁴ *Id.*

⁵ *Id.* at no. 21.

⁶ *Id.* at no. 21.

⁷ *Id.* at no. 29.

⁸ *Id.* at no. 47.

⁹ *Id.* at no. 50.

¹⁰ G.A. Res. 1261, U.N. Doc. A/Res/1261 (Aug. 30, 1999). G.A. Res. 1314, U.N. Doc. A/Res/1314 (Aug. 11, 2000). G.A. Res. 1379, U.N. Doc. A/Res/1379 (Nov. 20, 2001). G.A. Res. 1460, U.N. Doc. A/Res/1460 (Jan. 30, 2003). G.A. Res. 1539, U.N. Doc. A/Res/1539 (Apr. 22, 2004). G.A. Res. 1612, U.N. Doc. A/Res/1612 (July 26, 2005) available at <http://www.un.org/Docs/sc/> [hereinafter Resolution]

world to address the issue of child soldiering.¹ It defines a child to mean every human being below the age of 18.² It does not allow for children between the ages of 15 and 18 to be voluntarily conscripted into the military. It only states that all individuals are considered a child until they reach the age of majority and cannot enlist into the military until such a time. State parties must take all necessary measures to ensure that no child takes part in the direct hostilities and must refrain from recruitment into the armed group.³ The DRC government is not a party to this Charter.⁴

The international humanitarian community has a significant stake in ensuring the rights of our children are upheld and protected through the creation of effective measures outlined in the treaties. Children are our future and without providing each of them with their basic human rights, the outlook for tomorrow will not be promising. All of these international bodies and treaties have been instrumental in promoting the prohibition of the use and recruitment of children into the armed forces throughout the globe. Nevertheless, incorporation and implementation of these international guidelines into regional and domestic laws is as equally as important to the creation of the treaty and ratification.

2. Child Sexual Exploitation

The UNCRC became the first international treaty to place comprehensive duties on States to ensure the rights of children and to protect them from all forms of abuse, exploitation and violence. The fundamental premise of the UNCRC is that no single article can be interpreted independently and the entire Convention must be viewed as indivisible. Within the text of the UNCRC, it obligates States to take all appropriate legislative, administrative, educational, and social measures to protect children from sexual abuse and exploitation.⁵ State parties are to undertake to protect all children from all forms of sexual exploitation and abuse, and, must participate in bilateral and multilateral measures to prevent it.⁶ It provides for the physical and psychological recovery and social reintegration of a child victim of any form of neglect, exploitation, or abuse.⁷

The Rome Statute of the ICC covers not only war crimes, but also crimes against humanity. Included in the category of crimes against humanity is enslavement, which includes trafficking, rape, sexual slavery, and/or any other form of sexual violence when committed as part of a widespread attack.⁸ Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity can constitute a war crime.⁹ The Palermo Protocol includes in its definition of “trafficking in persons,” the element of exploitation. This very broad universally accepted definition encompasses the sexual exploitation of both boy and girl

¹ Coalition, *supra* note 20 at International Standards.

² Compendium of Key Human Rights Documents of the African Union 63 (Christopher Heyns & Magnus Killander eds., 3rd 2007).

³ *Id.* at 69.

⁴ *Id.* at 357.

⁵ CRC, *supra* note 91 at art. 19.

⁶ *Id.* at art. 34.

⁷ *Id.* at art. 39.

⁸ Rome, *supra* note 101 at 3-4.

⁹ *Id.* at 4, 7.

soldiers that have been recruited into the armed forces.¹ The Palermo Protocol provides the physical, psychological, and social recovery measures of child victims necessary for the States to guarantee their successful reintegration.² The VDPA of 1993 recognizes the human rights of women and the girl-child to be inalienable, integral and indivisible, and, that the international community must work towards the eradication of gender discrimination.³ It urges governments, agencies, and NGOs to intensify their effort to ensure the protection and promotion of the human rights of the girl-child.⁴ It requests of all governments to repeal any current legislation/laws or customs/practices that discriminate against or cause harm to the girl-child.⁵ It declares that gender-based violence and all forms of sexual exploitation must be eliminated.⁶ Violations of the human rights of women in situations of armed conflict are violations of international human rights and humanitarian law.⁷ The violations include systemic rape and sexual slavery.⁸ Effective measures are required to combat sexual exploitation and abuse of children.⁹ It does not highlight the sexual abuse or exploitation of boy-child soldiers and the particular measures needed to address this major area of concern.

The particular needs of the girl-child soldier were emphasized in the United Nations Security Council Resolution 1325 (2000).¹⁰ This Resolution demanded the immediate and complete cessation of sexual violence and abuse of women trapped in armed conflicts.¹¹ The United Nations Security Council's previous Resolutions on children and armed conflict not only discuss children generally, but also the particular needs of the girl-child soldier and stress its importance.¹² However, there is no separate United Nations Security Council Resolution dedicated to the needs of the boy-child soldier who has been sexually exploited. The African Charter on the Rights and Welfare of the Child address the issue of child sexual exploitation in detail. It obligates States to protect all children from all forms of sexual exploitation and sexual abuse.¹³ It especially demands preventive measures in areas such as the inducement, coercion, or encouragement of a child to engage in any sexual activity, or the use of children in prostitution, or pornographic activities.¹⁴

Although each of the above mentioned international and regional bodies have been critical to the recognition of child exploitation, particularly sexual exploitation, the creation of such treaties has interfered with the adequate assessments of who is being victimized, especially in an armed conflict. The international humanitarian community cannot lose

¹ Protocol, *supra* note 39.

² *Id.*

³ Vienna, *supra* note 169 at no. 18.

⁴ *Id.* at no.18.

⁵ *Id.* at no. 49.

⁶ *Id.* at no. 18.

⁷ *Id.* at no.38

⁸ *Id.* at no. 38.

⁹ *Id.* at no. 48.

¹⁰ G.A. Res. 1325, U.N. Doc. A/Res/1325 (Oct. 31, 2000), available at <http://www.un.org/Docs/sc/>

¹¹ *Id.*

¹² Resolution, *supra* note 113.

¹³ Compendium of Key Human Rights Documents of the African Union 71(Christopher Heyns & Magnus Killander eds., 3rd 2007).

¹⁴ *Id.* at 71, art. 27 (a),(b),(c).

sight of these innocent male victims by focusing solely on girl-child soldiers. One boy-child soldier victim of sexual exploitation is too many and the fact that not enough discourse is taking hold on this issue speaks volumes.

3. Human Trafficking

The United Nations Convention against Transnational Organized Crime is the main international instrument developed in the fight against transnational organized crime.¹ It establishes a link between trafficking in persons with the State's obligations to promote cooperation to combat and prevent organized crime. It has been supplemented by three main Protocols to target specific areas of organized crime, particularly trafficking in persons (Palermo Protocol). This Convention in conjunction with the Palermo Protocol becomes instrumental in providing that trafficking occurs both internally and across border.² The Palermo Protocol was the first global legally binding instrument with a universally accepted definition of trafficking in persons that promotes the prevention of the act, the prosecution of perpetrators, and protection for victims.

The United States has been catalytic in its efforts to combat human trafficking both in its own country and abroad. The United States made human trafficking a federal crime by adopting the Victims of Trafficking and Violence Protection Act (TVPA).³ The creation of the TVPA provided for a range of new protections and assistance to victims.⁴ It is guided by three aspects of federal government activity to combat human trafficking: protection, prosecution, and prevention.⁵ On December 19, 2003, this Act was reauthorized to mandate new information campaigns to confront the sex tourism industry, added refinements to the federal criminal laws, and created new civil actions that allowed victims to sue their traffickers in federal court.⁶ On December 21, 2005, Congress passed the reauthorization of the TVPA to provide \$361 million over the next two years to combat human trafficking.⁷ It endeavors to combat international human trafficking by addressing the needs of vulnerable populations in post-conflict settings, as well as domestic trafficking by instituting prevention methods for its own citizens.⁸ The TVPA (2000) requires the Secretary of State

¹ United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, November 15, 2000, G.A. Res. 55/25, U.N. Doc. A/Res/55/383 available at <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/signatures.html>

² *Id.* at art. 34(2).

³ Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000, Pub. L. No. 106-386, 114 Stat. 1464 (2000), available at <http://www.state.gov/documents/organization/10492.pdf> [hereinafter TVPA].

⁴ Department of Justice, Assessment of U.S. Government Efforts to Combat Trafficking in Persons in Fiscal Year 2004, (September 2005) at 4, available at http://74.125.47.132/search?q=cache:n_J1xhVqkPMJ:www.justice.gov/ag/annualreports/tr2005/assessmentofustipactivities.pdf+TIP+report+created+by+DOJ&cd=8&hl=en&ct=clnk&gl=us

⁵ *Id.* at 4.

⁶ Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2003, Pub. L. No. 108-193, 117 Stat. 2875 (2003), available at <http://74.125.47.132/search?q=cache:ufO8CFhz01EJ:www.state.gov/documents/organization/28225.pdf+TVPA+2003&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=us>

⁷ Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2005, Pub. L. No. 109-164, 119 Stat. 3558 (2006), available at <http://74.125.47.132/search?q=cache:EEhJsb5SNgcJ:www.coherenttable.com/PublicLaws/HR972PL109-164.pdf+TVPA+2005+Public+Law+109-164+Stat.&cd=2&hl=en&ct=clnk&gl=us>

⁸ *Id.* at 3539.

to submit a report to Congress with respect to the status of severe forms of trafficking in persons by June 1 of each year.¹ This led to the creation of the Trafficking in Persons Report. Under Secretary Condoleezza Rice's authority, the Department of State issues an annual Congressionally-mandated Trafficking in Persons Report (TIP) that assesses foreign government actions in combating human trafficking and the protection of victims. The TIP Report began in 2000 in conjunction with the TVPA and issued its first report to Congress in 2001.² In 2008, it released its 8th annual report to the Department of State.³ The purpose of the report is to raise international awareness, to highlight the efforts of the global community, and to encourage foreign governments to take effective measures to combat human trafficking.⁴ The TIP Report emphasizes the "three P's"—prevention, prosecution, and protection—and also the "three R's"—rescue, rehabilitation, and reintegration—to assist in the recovery process of the victims.⁵ It is the most comprehensive global report on the efforts of all governments to combat severe forms of human trafficking.⁶ The report created a Three-Tiered System for rating foreign government's compliance with the minimum standards laid out in the TVPA for combating human trafficking.⁷ The DRC government was placed on the Tier 2 WatchList in the 2008 TIP report for its failure to provide evidence of its efforts to combat trafficking in persons over the last year.⁸ The TIP Report lists child soldiering as one of the major forms of human trafficking that involves the unlawful recruitment of a child through force or coercion to be exploited for labor or sexual purposes in conflict areas.⁹ Although it recognizes a distinction between boy and girl soldier sexual exploitation, it does acknowledge that they are both susceptible to sexual abuse and at high risk for STIs.¹⁰ It demands that all nations, NGOs, and international organizations must work together to disarm, demobilize, and reintegrate all child soldiers.¹¹

The most recent U.S. human trafficking instrument is the William Wilberforce Trafficking Victims Protection Reauthorization Act of 2008.¹² Highlights of this groundbreaking legislation include the creation of two new offenses, conspiracy and obstruction, and the protection of child soldiers by refusing to provide military assistance to countries that recruit children into the armed forces.¹³ This Act is vital in recognizing

¹ TVPA, *supra* note 139 at 10.

² CBS News, *Modern Day Slavery: Victims are Mainly Women and Children Seeking a Better Life*, (July 12, 2001), available at <http://www.cbsnews.com/stories/2001/07/12/opinion/diplomatic/main301205.shtml>

³ TIP, *supra* note 8 at 5.

⁴ *Id.* at 5.

⁵ *Id.* at 5.

⁶ *Id.* at 8.

⁷ *Id.* at 10.

⁸ *Id.* at 44.

⁹ *Id.* at 21.

¹⁰ *Id.* at 21, 23.

¹¹ *Id.* at 23.

¹² William Wilberforce Trafficking Victims Protection Reauthorization Act of 2008, Pub. L. No. 110-457, 122 Stat. 5044 (2008), available at <http://74.125.47.132/search?q=cache:5-2qEfl26YsJ:www.usdoj.gov/olp/pdf/wilberforce-act.pdf+William+Wilberforce+Act+2008&cd=3&hl=en&ct=clnk&gl=us>

¹³ *Id.* at Sec. 222. Enhanced Penalties for Trafficking Offenses. Sec 1589(6)(c) Holding

and accepting that the recruitment and use of child soldiers into the armed forces is a form of human trafficking because it condemns the act, promotes international cooperation, offers rehabilitative services to victims abroad, and prohibits military funding to non-complying countries. The Secretary of State submits a report detailing what countries have violated the minimum standards of the TVPA and is subject to prohibition of military funding.¹

The Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings was the first and only regional treaty created to combat human trafficking.² This is a comprehensive treaty that mainly focuses on the protection of victims and the safeguard of their rights. It aims to prevent trafficking and to prosecute the perpetrators. It provides for the setting up of an effective independent monitoring system made up of experts capable of controlling the implementation of the obligations contained within the Convention (GRETA).³ It applies to all forms of trafficking, including sexual exploitation of children, whether national or transnational.⁴ It applies to all victims; boys, girls, women and men. This narrow interpretation works to provide and guarantee gender equality for all victims. The treaty is open for signature to all member States in Europe, the non-member States that participated in its elaboration and by the European Community, and, for accession by other non-member States.⁵ The DRC government has not acceded to the Convention.⁶ With the recent establishment of the momentous international and regional human trafficking instruments, child soldiering has come to the forefront of global concern. The generating bodies all work to prevent the act, prosecute the perpetrators, and protect innocent child victims. The child-centered approach focuses on immediate rescue, adequate rehabilitation, and successful recovery. The continuing theme of international cooperation and State obligations ensures universal accountability in effectively combating child soldiering, particularly sexual exploitation of boy-child soldiers in armed conflicts.

E. DRC Government

The February 2006 DRC Constitution defines a child as an individual under the age of 18.⁷ All forms of exploitation of children are punishable by law and public authorities are under an obligation to protect the youth from threats to their health, education, and development.⁸ The organization of a military or paramilitary formations, private militias or youth armies is prohibited by law.⁹ A May 2005 circular issued by the military prosecutor

Conspirators Accountable/Sec. 1351(3)(f). Obstruction-Sec. 1583(a)(3)/Sec. 1589(4)(B)(b)/(5)(D)(d)/(6)(c). Child Soldiers Title IV. Sec. 404 Prohibition.

¹ *Id.* at Sec. 404(b)(1).

² The Council of Europe Convention on Action Against Trafficking in Human Beings, May 16, 2005, C.E.T.S. N. 197, available at <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=197&CM=1&CL=ENG>

³ *Id.*

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*

⁷ Coalition to Stop the Use of Child Soldier, Child Soldier Global Report, DRC, at 106 (2008) available at http://www.childsoldiersglobalreport.org/files/country_pdfs/FINAL_2008_Global_Report.pdf [hereinafter CS Global]

⁸ *Id.* at art. 41 and 42.

⁹ *Id.* at art. 190.

instructed regional and local military prosecutors to initiate proceedings against all those accused of child recruitment or use in military operations.¹ It also instructed them to refer recruited children accused of crimes to a competent civilian court or to the official DDR program for demobilization.² A comprehensive Child Protection Code was approved by the two Chambers of Parliament (National Assembly and Senate) in the course of the ordinary session and was submitted to the President for promulgation and publication in 2008.³ It prohibits the forced recruitment of children or their use in armed conflict (Article 50a), as well as the enlistment or use of children in the national armed forces, the police and armed groups (Article 73).⁴ It criminalizes rape (Article 175), sexual slavery (Article 189), with prison terms ranging from seven to 25 years.⁵ It also criminalized a wide range of other sexually exploitative acts.⁶ As of April 2009, NGOs such as Amnesty International were still pleading with the DRC government to implement the new Child Protection Code to ensure the safety of the child soldiers.⁷ Also highlighted within the new 2006 Constitution was the clarification of the definitions of rape and sexual attacks.⁸ It introduced a 20 year minimum sentence to those that are found guilty.⁹ This recent expansion of the rape law included male victims.¹⁰

Although the U.S. Government contended that the DRC government has not fully complied with the minimum standards of the TVPA (2000), the DRC government alleged it made three arrests of suspected traffickers.¹¹ Under the DDR programs, the DRC government also stated it demobilized 3,563 child soldiers.¹² The government lacks the necessary resources to adequately not only address human trafficking, but also the basic level of security in the country.¹³ The country's military and justice system are practically nonexistent as a result of the war.¹⁴ From the perspective of the DRC government, it has made numerous efforts to ratify almost all of the international treaties and worked as effectively as possible to create national laws that protect children in the armed forces given the current state of the country. The DRC government would argue it has signed all

¹ Id.

² Id.

³ UN Committee on the Rights of the Child, CRC, Written Replies by the Government of the DRC Concerning a List of Issues to be Taken up in Connection with the Second Consideration of the Periodic Report of the DRC, (Dec, 24, 2008), available at <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.C.COD.Q.2.Add1.doc>

⁴ CS Global, *supra* note 164 at 107.

⁵ Id.

⁶ Id.

⁷ Amnesty Int'l, Democratic Republic of Congo: Submission to the UN Universal Periodic Review: Sixth session of the UPR Working Group of the Human Rights Council, November-December 2009), available at <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AFR62/009/2009/en/28861dee-1df4-4f4d-af4f-bc9f53bae608/af620092009en.html>

⁸ United Nations Population Fund, *Legacy of War: An Epidemic of Sexual Violence in the DRC*, (November 26, 2008), available at <http://www.unfpa.org/public/News/pid/1399>

⁹ Id.

¹⁰ Russell, *supra* note 47 at 23.

¹¹ Id. at 1.

¹² Id. at 1.

¹³ Id. at 1.

¹⁴ Id. at 1.

peace agreements to end the civil war and requested rebel forces leave the country. The government would contend it has welcomed and worked closely with NGOs and the United Nations in the implementation of DDR programs throughout the country. It acknowledges the widespread use of child soldiers both in its own army and in rebel forces, but keeping these ranks free from children is quite difficult due to lack of awareness, proof of age, and other factors related to war. The government's efforts in prosecuting traffickers have been limited and the current laws do not cover all forms of labor trafficking, but it did create the sexual violence statute with severe penalties. A transitional government's capabilities are rather restricted when operating in a civil war. It is making every effort possible to combat child soldiering and sexual violence.

III. Past Trends

While it appears the DRC government made numerous attempts to not only ratify international treaties, but also to implement them into its national legislation, very little has been carried out in the legal system to effectuate these laws and policies. The only known criminal prosecution at the national level of a military leader for enlisting a child soldier was in the DRC.¹ However, DRC militia commander Jean-Pierre Biyoyo was convicted in a court of Military Court of crimes for child recruitment and use in the armed forces, but escaped from prison and is now reported to be commanding a battalion of the DRC armed forces in South Kivu.² Bosco Ntaganda was made a general in the Congolese army, despite being wanted on an arrest warrant by the ICC for the war crime of enlisting and using children in the armed forces.³ Conversely, child soldiers who have been disarmed and demobilized have been arbitrarily detained in direct violation of its own laws, rather than treated primarily as victims.⁴ Some have been sentenced to terms of imprisonment for desertion of the armed group.⁵ Many who have been convicted for military offenses are facing a death sentence.⁶ Although the DRC is a party to the UNCRC, it has already executed one 14-year-old child soldier who was convicted of war crimes.⁷

The DRC government was placed on the Tier 2 WatchList by the U.S. government because of its inability to provide increasing evidence of combating trafficking in persons.⁸ The DRC government claimed to have made three whole arrests, but many other warrants were not issued.⁹ Although its own laws specifically state that child recruitment into the armed forces is illegal, the DRC government did not make efforts to identify or protect

¹ The Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, *Letter to Security Council Members for Debate on Children and Armed Conflict*, at 5 (April 2009), available at http://www.childsoldiers.org/Child_Soldier_Coalition_letter_to_Security_Council_members_for_debate_on_children_and_armed_conflict.April09.pdf

² *Id.* at 5.

³ Human Right Watch, *UN: Punish Abuse of Children in War*, (April 28, 2009), available at <http://www.hrw.org/en/news/2009/04/27/un-punish-abuse-children-war>

⁴ CS Global, *supra* note 164 at Facts and Figures on Child Soldiers.

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*

⁷ U.N. Wire, *Rights Group Seeks Pardon for Condemned Child Soldiers*, (May 3, 2001), available at http://www.unwire.org/unwire/20010503/14568_story.asp

⁸ US Embassy Kinshasa Report, *Democratic Republic of the Congo (Tier 2 WatchList)*, (2008), available at <http://74.125.47.132/search?q=cache:k6oK4-eizY0J:kinshasa.usembassy.gov/media/pdf/tip-2008-report---drc.pdf+DRC+placed+on+Tier+2+WatchList&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=us>

⁹ *Id.*

victims of trafficking among 200 child soldiers in its own army.¹ The DRC government army (FARDC) is still recruiting and abusing children.² The sophisticated and broad Congolese law prohibiting rape, including the rape of male victims, rarely is instituted and offenders often go unpunished. The DRC government expanded this law as a result of the repeated acts of sexual violence that have taken place throughout the country since the war broke out almost 15 years ago. There has been mass media coverage depicting the horrific acts of sexual violence that have become a daily phenomenon in the DRC, particularly against children.³ There is a national campaign (V-Day) and a strong presence of multiple NGOs in the DRC that are actively working towards preventing sexual violence.⁴ Not only is the FARDC still actively recruiting children into its army, but it is also responsible for the on-going sexual violence.⁵ When impunity is so widespread, the State must begin to take responsibility to implement the law, or, both the military and governmental personnel will continue to believe they are beyond the reach of national prosecution. The officials of the DRC government deceptively appear to be innovative in its proactive responses to the unlawful recruitment of child soldiers and sexual violence occurring throughout its country by ratifying almost every applicable international treaty, creating modern national laws, and cooperating with multiple global NGOs and nations. The unfortunate reality is the FARDC is still actively recruiting children and sexually exploiting them and civilians without fear of prosecution. Only child soldiers themselves should fear being prosecuted by a military court with the possibility of being executed.

IV. Prediction

With the legal framework of human trafficking still in its infancy, both the international humanitarian community and nation States can collectively endeavor to ensure acceptance and implementation of these innovative victim-centered approaches. In just a small amount of time, global actors have continued to perfect the principles outlined in the creation of the very first Protocol which entered into force in 2003. This will greatly effect future actions taken by national governments. The unified enforcement of the TIP Report, TVPA and the recent Wilberforce Act against the DRC government will significantly reduce its ability to continue to afford military action or to further recruit children through prohibitions, sanctions, and international shaming. These instruments will financially assist in the long-term rescue, rehabilitation, and recovery process of child soldiers. Through on-going campaigns, media coverage, and a strong NGO presence on the ground in the DRC, the barbaric act of child soldiering will catch widespread attention. This will lead to the generation of more international and regional treaties defining child soldiering as a form of human trafficking and demanding the State's obligation to provide victim assistance and protection.

¹ Id.

² CS Global, *supra* note 164 at 107-8.

³ David McKenzie, *Even Where Fighting Has Ended, Sexual Violence Scars Women and Children in DRC*, UNICEF, DRC (Aug. 4, 2006), available at http://www.unicef.org/infobycountry/drcongo_35223.html

⁴ Stop, *supra* note 2.

⁵ Georgianne Nienaber, *DR Congo: Report Says 100,000 Civilians at Risk of Attack and Humanitarian Aid Desperately Needed*, (April 29, 2008), available at http://www.huffingtonpost.com/georgianne-nienaber/dr-congo-report-says-1000_b_192585.html

Former rebel leader Thomas Lubanga of the DRC became the first ever to stand trial at the ICC for recruiting children into the armed forces.¹ Two other officials are in ICC custody for conscripting children into their armed group in the DRC civil war.² Other similar arrest warrants have been issued and it is likely the ICC will continue to take legal action against top military officials who have enlisted children into their armed forces.³ The International Criminal Tribunal for Rwanda created the first universally accepted definition of the crime of rape as a crime against humanity in the Jean Paul Akayesu case.⁴ It is therefore not unlikely to see future changes in the Rome Statute or customary international law concerning human trafficking with respect to child soldiering or sexual exploitation. The power of the ICC lies in its jurisdiction over the most serious crimes of concern to the international community. Human trafficking is a crime that shocks the conscience and is of grave magnitude that warrants universal jurisdiction. While it is currently only accepted as a transnational crime, in light of the rapid global response, it is probable that human trafficking will become an international crime. Once human trafficking becomes an international crime, universal jurisdiction would allow the nation States (DRC) to prosecute the human trafficker (recruiter) irrespective of the territory it has been committed in or the nationality of the child victim or perpetrator. This becomes especially vital in the DRC where there are nine different States involved, both internally and across borders in its civil war. Once the act of human trafficking reaches *jus cogens* and triggers universal jurisdiction, the DRC will have a duty to exercise it, provided it implements it into its own laws.

The acceptance of human trafficking as an international crime will lead to a positive change in universalizing one definition of a child and one definition of the age of recruitment. Additionally, by its extension, all forms of sexual exploitation and abuse committed against a child, male or female, in the armed group will also become an international crime, thereby enhancing the penalties. The time honored paradigms and mainstreaming of gender issues has placed sexual exploitation of boys in the shadows. However, there is a slow moving trend towards the recognition of boys as victims and to the inclusion of males in both national and international bodies. It is likely that the international humanitarian community will continue to see progress in this area through research and changes in laws and policies. Improvement is plausible provided the underlying goal is gender equality for all victims. With the inclusion and acceptance of human trafficking instruments into the international community, it is conceivable to envision a sudden growth in long-term DDR programs assisting child soldiers in the reintegration process.

V. Recommendations

The number one urgent priority is to ensure immediate action is taken to disarm and demobilize all children under the age of 18 from the civil war in the DRC. All peace agreements should include detailed measures to be taken for the active participation of

¹ Human Rights Watch, *The International Criminal Court Trial of Thomas Lubanga*, (January 23, 2009), available at <http://www.hrw.org/en/news/2009/01/22/international-criminal-court-trial-thomas-lubanga>

² Id.

³ Id.

⁴ Berna Namata, *Rwanda: Violence Against Women-Rape, Crime of Genocide*, The New Times, (November 25, 2008), available at <http://allafrica.com/stories/200811250099.html>

child soldiers and their demobilization and reintegration. The international community, States, NGOs, and private entities should all work together to provide the necessary financial assistance to secure long-term DDR programs with multiple locations throughout the DRC. These programs must provide a holistic approach to addressing the safety and well-being of each child. Family reunification or locating a secure home for each child must be a goal of every DDR program. They must offer alternative livelihoods which include vocational and educational training to assist in opening up future opportunities and limiting the possibility of re-recruitment. Socializing children back into the civilian population requires strong community involvement. The society has a major stake in caring for boys returning home from the armed conflict and having a public order of human dignity. Their contribution is vital to the economic prosperity of not only the country, but also to the family unit. Other programs and NGOs, such as Ajedi-Ka, the MSF Clinic, and Heal Africa that are working in conjunction with the DDR programs must all be committed to ensuring that their programs are sensitive to gender-specific vulnerabilities. There must be clear and easily accessible reporting systems for sexual abuse and exploitation for children in both the military and civilian populations. Improvements can be made at the grassroots level in all of these programs, particularly with respect to the sexual exploitation of boy-child soldiers if organizations that are operating in the DRC begin to collect systemic data by increasing their efforts to identify victims. Greater acceptance and awareness by the international community of its existence should be fueled by notions of gender equality and not by highlighting the concerns of one gender over the other. Boy-child soldier victims of sexual abuse and exploitation need to be fully represented in both the international and national justice systems.

The DRC government has numerous sophisticated laws that include male victims in its rape offenses and to protect against the recruitment and use of children under the age of 18. The Child Protection Code goes even farther in its protection of children in armed groups and who have been sexually victimized in the conflict, but has not yet been enforced. The DRC government must take responsibly and action to implement its current laws to protect its children. It has to make stronger efforts to comply with the human trafficking guidelines and work towards improving its Tier status. A major goal for the international community should be for the creation of a new treaty or protocol that defines a child to be any human being under the age of 18 without equivocation and the age of recruitment to be the same. There should be a global consensus that human trafficking is an international crime warranting universal jurisdiction that together encompasses the crimes of child soldiering and sexual exploitation of both boys and girls. Through the use of the media, United Nations Resolutions, committees and representatives, the humanitarian community needs to include boy-child soldier victims of sexual abuse and exploitation in all its forms to begin to diminish the time honored paradigms of gender roles.

ASPECTE PRIVIND SOLUȚIONAREA ACȚIUNILOR CE AU CA OBIECT ÎNREGISTRAREA INCIDENTELOR DE PLĂȚI ÎN CADRUL CENTRALEI INCIDENTELOR DE PLĂȚI A B.N.R.

Prep. Univ. ROȘU ALEXANDRU CRSTIAN
Universitatea Romano-Americană

REZUMAT: The court with the legal material competence in judging the cases involving payment incidents is the High Court. The National Bank of Romania has the procedural passive capacity in such cases, along with the person who declared the payment incident.

KEYWORDS: Incident de plată, Instantă competentă din punct de vedere material, Calitatea procesual pasivă a B.N.R.- Centrala Incidentelor de Plăți.

1. NOȚIUNEA DE INCIDENT DE PLATĂ.

Prin incident de plată se înțelege neîndeplinirea întocmai și la timp a obligațiilor participanților, înaintea sau în timpul procesului de decontare a *instrumentului* (cec, cambie sau bilet la ordin), obligații rezultate prin efectul legii și/sau a contractului care le reglementează, a căror

neîndeplinire este adusă la cunoștința Centralei Incidentelor de Plăți de către *persoanele declarante* (băncile, persoane juridice române, inclusiv unitățile teritoriale ale băncilor, sucursalele din România ale băncilor, persoane juridice străine), pentru apărarea interesului public¹.

2. NATURA JURIDICĂ A ACTIVITĂȚII CENTRALEI INCIDENTELOR DE PLĂȚI.

Centrala Incidentelor de Plăți (CIP) este un centru de intermediere care gestionează informația specifică incidentelor de plăți atât din punct de vedere bancar (tragerea în descoperit de cont) cât și din punct de vedere social (pierdere/furt/distrugere). Transmiterea informației la CIP se face pe cale electronică, prin utilizarea *Rețelei de Comunicații Interbancare* ce leagă centrala BNR cu centralele tuturor băncilor.

Baza de date a CIP este organizată în două fișiere:

1. Fișierul național de incidente de plăți (**FNIP**) care are trei componente:
 - o Fișierul național de cecuri (FNC),
 - o Fișierul național de cambii (FNCb),
 - o Fișierul național de bilete la ordin (FNBO) și
2. Fișierul național al persoanelor cu risc (**FNPR**) care este alimentat automat din FNIP. **Fișierul național al persoanelor cu risc** colectează informațiile privind incidentele

¹ REGULAMENT nr. 1 din 23 februarie 2001 privind organizarea și funcționarea la Banca Națională a României

a Centralei Incidentelor de Plăți, publicat în MONITORUL OFICIAL nr. 120 din 9 martie 2001, modificat prin:

Circulara nr. 21/01.07.2002 (MONITORUL OFICIAL nr. 521 din 18 iulie 2002), Circulara nr. 15/26.07.2004 (MONITORUL OFICIAL nr. 689 din 30 iulie 2004), Regulamentul nr. 7/26.07.2005 (MONITORUL OFICIAL nr. 683/29 iulie 2005).

de plăți majore (instrumente de plată trase în descoperit de cont, cecuri emise fără autorizarea trasului, cecuri emise cu dată falsă sau cărora le lipsește o mențiune obligatorie, cecuri circulare sau de călătorie emise "la purtător", cecuri emise de către un trăgător aflat în interdicție bancară, cambii scontate fără a exista creanța cedată în momentul cesiunii acesteia) înregistrate pe numele unei persoane fizice/juridice nu pot fi șterse din această bază de date, decât în cazul în care se anulează, de către aceeași persoană declarantă care le-a transmis anterior la CIP, din proprie inițiativă sau ca urmare a hotărârii unei instanțe judecătorești.

Interdicția bancară este regimul impus de către bancă unui titular de cont de interzicere a emiterii de cecuri pe o perioadă de 1 an începând cu data înregistrării la CIP a unui incident de plată major și asigură prevenirea producerii unor noi incidente de plăți și sancționarea titularilor de cont care le generează în sistemul bancar.

În baza informațiilor recepționate de CIP de la persoanele declarante, aceasta are obligația:

- transmiterii unei **Declarații privind interdicția bancară** de a emite cecuri tuturor centralelor băncilor, care au obligația să distribuie această informație în propriul sistem intrabancar;
- transmiterii unei **Declarații de pierdere/furt/distrugere/anulare** a instrumentelor către centrala băncii plătitoare, pentru a preveni decontarea unui astfel de cec, cambie sau bilet la ordin, în eventualitatea prezentării acestuia la plată de către o persoană de rea credință.

Centrala băncii sau unitatea bancară teritorială unde respectiva persoană fizică sau juridică are cont deschis are obligația recuperării formularelor de cec necomplete sau greșit complete eliberate anterior, cu excepția cecurilor utilizate pentru retragerea de numerar. În cazul în care nu recuperează toate formularele de cec necomplete sau greșit complete, trebuie să le anuleze și să transmită această informație la CIP, într-un interval de maximum 15 zile calendaristice de la data emiterii Declarației CIP privind interdicția bancară.

Valorificarea informațiilor înregistrate în FNIP și în FNPR se va face astfel:

- a. de către bănci și Banca Națională a României, în mod obligatoriu, la eliberarea de formulare de cecuri titularilor de cont;
- b. de către CIP, din proprie inițiativă în scopul apărării interesului public, prin transmiterea către Parchetul General de pe lângă Curtea Supremă de Justiție și Ministerul Administrației și Internelor cu unitățile lor teritoriale de informații din evidențele proprii sau prin publicarea acestor informații în Mass-media;
- c. de către instanțele judecătorești, instituțiile menționate la lit. b), alte instituții ale statului cu atribuții de supraveghere și control, precum și de către Mass-media, pe baza datelor solicitate CIP;
- d. de către persoanele fizice sau juridice, altele decât cele prevăzute la lit. a) - c), prin intermediul băncilor;
- e. de către instituții din străinătate similare CIP, pe baza datelor privind incidentele de plăți pe care CIP le furnizează din proprie inițiativă sau la cererea acestora.

Înainte încheierii unei afaceri cu un partener, **o firmă poate consulta, prin intermediul unei bănci, baza de date a CIP**, pentru a vedea dacă pe numele potențialului partener sunt înregistrate incidente de plăți cu cecuri, cambii sau bilete la ordin. În funcție

de răspunsul primit de la CIP, respectiva firmă este în măsură să aprecieze dacă mai dă curs sau nu colaborării cu acel partener.

Consultarea bazei de date se poate face de către un comerciant, prin intermediul unei bănci, înainte de a primi un cec de la clientul său în schimbul mărfurilor vândute. În acest caz, comerciantul poate afla dacă seria și numărul cecului pe care ar urma să-l primească face parte dintr-un set de instrumente de plată avizate de B.N.R. sau dacă nu cumva respectivul cec a fost declarat anterior la CIP ca pierdut/furat/distrus sau retras din circulație.

La emiterea unei cambii beneficiarul poate consulta baza de date a CIP pentru a solicita informații privind obligatul cambial principal, respectiv trasul. Beneficiarul poate accepta să acorde un credit comercial trăgătorului dacă până la data emiterii cambiei trasul (persoana desemnată în titlu a plăți pentru trăgător) nu a generat incidente la plata cu alte titluri de credit. Aceeași atitudine prevăzătoare o poate avea beneficiarul unui bilet la ordin față de subscriitor sau beneficiarul unui cec față de trăgător.

Informațiile înscrise în FNPR pe numele unei persoane fizice sau juridice, alături de analizele specifice efectuate de bănci, pot contribui la fundamentarea deciziei de acordare a unui credit sau de deschidere de cont curent pentru un nou client¹.

Activitatea de gestionare a informației specifice incidentelor de plăți este o activitate bancară, o operațiune efectuată de Banca Națională a României, prin C.I.P., având deci o natură comercială².

Conform prevederilor art.1 alin.1 din Regulamentul nr. 1/2001 privind organizarea și funcționarea la Banca Națională a României a Centralei Incidentelor de Plăți, aceasta este un „centru de intermediere care gestionează informația specifică incidentelor de plăți, pentru interesul public, inclusiv pentru scopurile utilizatorilor”. Din interpretarea dispozițiilor Regulamentului și a Anexei nr.1, referitoare la fluxul informațional privind incidentele de plăți, rezultă că Centrala Incidentelor de Plăți este organizată și funcționează la nivelul Băncii Naționale a României, iar operațiunile desfășurate de aceasta sunt operațiuni de bancă în sensul dispozițiilor art. 3 pct.11 din Codul Comercial.

Conform dispozițiilor art. 285 din ordonanță „băncile sunt instituții de credit cu vocație universală, care pot desfășura oricare dintre activitățile prevăzute în secțiunea 1.2 a capitolului II din titlul I, partea I”, iar potrivit art. 18 alin.1 lit.r „instituțiile de credit pot desfășura, în limita autorizației acordate orice alte activități sau servicii, în măsura în care acestea se circumscriu domeniului financiar, cu respectarea prevederilor legale speciale care reglementează respectivele activități, dacă este cazul”

Alineatul 3 al aceluiași articol precizează că „dispozițiile alin 1 se interpretează și se aplică astfel încât activitățile enumerate la alin.1 să acopere orice operațiuni, tranzacții, produse și servicii care se înscriu în sfera acestor activități sau pot fi asimilate acestora, inclusiv serviciile auxiliare acestor activități”.

Prin urmare, deși Codul comercial nu definește operațiunile de bancă și schimb, acestea sunt stabilite prin secțiunea 1.2 a capitolului II din titlul I, partea I a Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 99/2006.

¹ [http://www.bnro.ro/Centrala-Incidentelor-de-Plati-\(CIP\)-718.aspx](http://www.bnro.ro/Centrala-Incidentelor-de-Plati-(CIP)-718.aspx)

² A se vedea Decizia nr.2777 din 8 octombrie 2008 a Secției Comerciale a Înaltei Curți de Casație și Justiție

3. CALITATEA PROCESUAL PASIVĂ A B.N.R. ȘI INSTANȚA COMPETENTĂ DIN PUNCT DE VEDERE MATERIAL SĂ SOLUȚIONEZE ACȚIUNILE CE AU CA OBIECT INCIDENTELE DE PLĂȚI

Potrivit art. 2 alin.1 lit.a din Codul de procedură civilă, Tribunalul judecă în primă instanță procesele și cererile în materie comercială al căror obiect este neevaluabil în bani.

În raport de considerentele prezentate mai sus, se poate constata că activitatea de gestionare a informației specifice incidentelor de plăți este o activitate bancară, o operațiune de bancă accesorie efectuată de Banca Națională a României, prin Centrala Incidentelor de Plăți, având deci o natură comercială.

Operațiunile de bancă și schimb pot fi precizate prin raportare la reglementarea activității bancare, denumită și comerț de bancă, cuprinsă în Legea 58/1998 privind activitatea bancară¹.

Instanța competentă să soluționeze aceste acțiuni este instanța comercială de drept comun, respectiv tribunalul, având în vedere natura juridică a activității Centralei Incidentelor de Plăți.

Prevederile Legilor nr. 58/1934 și nr. 59/1934 (Legele cambiei și cecului) care stabilesc că judecătoria este competentă să soluționeze cererile având ca obiect învestirea cu formulă executorie a cambiei, biletului la ordin sau cecului ori opoziția la executarea acestor titluri, nu sunt aplicabile în cazul acțiunilor formulate împotriva înscrierii incidentelor de plăți.

Aceste norme sunt norme speciale, stabilite prin legi speciale și aplicabile numai într-o anumită materie expres stabilită.

Fiind derogatorii de la normele generale, ele sunt de strictă interpretare și deci, nu pot fi aplicate prin analogie.

Centrala incidentelor de plăți colectează informațiile privind incidentele de plăți (instrumente de plată trase în descoperit de cont, cecuri emise fără autorizarea trasului, cecuri emise cu dată falsă sau cărora le lipsește o mențiune obligatorie, cecuri circulare sau de călătorie emise "la purtător", cecuri emise de către un trăgător aflat în interdicție bancară, cambii scontate fără a exista creanța cedată în momentul cesiunii acesteia) înregistrate pe numele unei persoane fizice/juridice, informații ce nu pot fi șterse din această bază de date, decât în cazul în care se anulează, de către aceeași persoană declarantă care le-a transmis anterior la CIP, din proprie inițiativă sau ca urmare a hotărârii unei instanțe judecătorești.

În art. 2 al REGULAMENTULUI nr. 1 din 23 februarie 2001 privind organizarea și funcționarea la Banca Națională a României a Centralei Incidentelor de Plăți, sunt definite: "f) nod de acces - persoana declaranta care, ca urmare a asigurării condițiilor tehnice corespunzătoare, are posibilitatea accesării în mod direct a sistemului informatic al CIP;

h) persoane declarante - băncile, persoane juridice române, inclusiv unitățile teritoriale ale băncilor, sucursalele din România ale băncilor, persoane juridice străine, denumite în continuare "bănci".

Persoana declarantă poate fi obligată, prin hotărârea instanței, la anularea incidentului de plată, dar pentru opozabilitate, hotărârea trebuie să se pronunțe și în contradictoriu cu B.N.R.- CIP.

¹ Stanciu Cărpenu, Drept Comercial, ediția a 5-a, Editura All Beck, Bucuresti 2004, pag 35.

Astfel potrivit art. 36 alin. 2 din Regulamentul BNR nr.1/2002 “(1) CIP nu poate anula sau modifica din proprie inițiativă informațiile privind incidentele de plăți, odată primite de la persoanele declarante-bănci.

(2) Anularea informațiilor privind incidentele de plăți înregistrate în FNIP și în FNPR se poate face numai de către persoanele declarante, din proprie inițiativă sau la solicitarea instanțelor judecătorești, în baza unei cereri de anulare.”

Așadar instanțele de judecată pot dispune, prin hotărâre, anularea informațiilor din CIP. Și cum CIP este organizată și funcționează în cadrul BNR, pentru a se putea aduce la îndeplinire dispozitivul hotărârii judecătorești care are putere numai între părțile litigante, sentința se pronunță în contradictoriu și cu BNR- CIP.

BIBLIOGRAFIE

1. Stanciu Cărpenaru, Drept Comercial, ediția a 5-a, Editura All Beck, Bucuresti 2004.
Regulament nr. 1 din 23 februarie 2001 privind organizarea și funcționarea la Banca Națională a României Centralei Incidentelor de Plăți.

Decizia nr.2777 din 8 octombrie 2008 a Secției Comerciale a Înaltei Curți de Casație și Justiție.
[http://www.bnro.ro/Centrala-Incidentelor-de-Plati-\(CIP\)-718.aspx](http://www.bnro.ro/Centrala-Incidentelor-de-Plati-(CIP)-718.aspx)

Decizia 85 din 10 decembrie 2007a ICCJ, publicată în *Monitorul Oficial, Partea I* nr. 685 din 07/10/2008.

CHILD AND WOMAN PROTECTION IN ROMANIA AS A MEMBER OF THE E.U.

Av. Prep. Univ. BĂLĂȘOIU ANCA ELENA
Universitatea Româno – Americană

Summary:

The protection of child and woman rights in Romania has become an increase concern for the authorities, giving the membership capacity that our country has in the E.U. The social aspects of the citizen's life must be regulated by a set of legal provisions that covers all the situations in which the less favored persons are vulnerable.

Keywords: *Child abuse, protection services, placement system, legal principles, promotion of the rights.*

Introduction:

In Romania, the protection of the child is in the present times a constant preoccupation for the state authorities sin our society confronts itself every day with problems such as: domestic violence, child abuse, lacks regarding freedom of thought or freedom of religion for children and even women or lack of financing in studying or cultural activities.

In the past five years, the Romanian authorities have started to show their concern regarding those social problems, as the number of domestic violence and abuse cases have increased.

The Romanian legislation in this area has evolved in time, reaching a European level through the provisions of the Law no.272/2004 on the protection and promotion of the rights of the child.

1. A short statistic view regarding child and women abuse.

Every year in Romania, over 3 000 cases of child abuse are reported to the authorities. The age of maximum risk is between 10 and 14 years. In 2007, The Romanian Institute for Research and Prevention of Criminality reported 197 cases of child abuse in the first two trimesters regarding physical punishments and 36 cases of serious injuries. In 5 cases, the ill treatment related to the death of the victim.

In reality, it is estimated that aprox. 1 million children are battered of otherwise abused in Romania on a daily basis. Moore that 80% of the children in Romania have received physical punishments. Worldwide, the number is 40 times greater.

One out of every ten schoolchildren faces violence in school. Some of those victims are so traumatized by the school violence that decide to commit suicide.

At least 15% of women across Europe have experienced physical acts of violence at least once during their adult lives. More that 10% of European women have suffered sexual violence involving the use of force.

Regarding human trafficking, the estimated number of trafficking victims in the E.U. is over 100 000 per year and 80% of human trafficking victims are young women and girls.

2. Aspects regarding the Romanian legislation regarding child protection.

The main legal tool in the area of child abuse in Romania is Law no. 272/2004 regarding the child protection an promotion of the child. This law has the merit of protecting not only Romanian children, but also children without citizenship located on the

territory of Romania, refugee children and children with foreign citizenship that are located on the Romanian territory and are in emergency situations.

The Law no. 272/2004 stated principles as:

- Observing and primarily promoting the best interests of the child.
- Equal opportunities and non – discrimination.
- Protecting the dignity of the child.
- Providing stability and continuity in caring, raising and educating the child, taking into account the child's ethnic, religious, cultural and linguistic background.

Another important aspect regarding this law is that through it, the Romanian state has created the National Authority for the Protection of the Rights of the Child. The mission of this institution is to put into force all the legal texts contained by the Law no. 272/2004.

The law in discussion provides all the legal procedures in practical, social situations such as the abandoning of a newly born in the hospital by the mother. According to the law, in this case, the hospital (or healthcare institution) must report the situation to the General Department of Social Security and to the Police within 24 hours after the acknowledging disappearance of the mother.

The next step is a Report made by the hospital, Child Protection Department and Police within 5 days after the initial notification.

If the child health permits it, he or she will be put into emergency placement until the mother is identified. For the identification of the mother, the Police has to conduct an emergency investigation within 30 days from the Report date. The identification of the mother is important in declaring the child and release his or hers birth certificate.

Last, but not least, Law no. 272/2004 contains a Chapter regarding Liabilities and Sanctions (Chapter XI). There are stated punishments for actions such as forcing a child to work or using a child in requesting charity from the public. The punishments are greater if those illegalities are committed by the parents or legal guardians of the child.

3.The National Authority for the Protection of Child's Rights - Types of services.

The Law 272/2004 establishes both the types of services for prevention of the child separation from parents and the services for special protection of the child temporarily or definitively separated from parents. The following types of services have been implemented and have become operational: day care services, family-type services and residential care. At present, there are 1718 public services for child's protection operating in Romania, of which 1140 are services of the residential-care type.

DAY CARE

This type of services insures maintenance, recovery and development of the child's capacity, as well as of his parents, to overcome any situations which might lead to separation of the child from his/her family. This type of services includes: day-care centers, counseling and assistance to parents, assistance and support centers for reintegration of children with mental and social problems and monitoring, assistance and support for pregnant women at risk of abandoning their children.

The beneficiaries of such services and the obligations assumed by administrators of the respective service are: children and parents benefiting of services aiming to prevent separation;

children who have benefited of a certain type of special protection and have been reintegrated in their families; children who benefit of a certain measure for special protection; parents of children who benefit of a certain measure for special protection; children unaccompanied by parents or legal representatives asking for a certain type of protection under the legal provisions concerning the statute and regime of refugees.

FAMILY-TYPE SERVICES

This type of services insure bringing up and caring for the child who is temporarily or definitively separated from parents; such services are provided at the home of a natural person or a family (extended family, foster parents, and other family/person). The beneficiaries are (e.g.) children for which legal tutelage is going to be instituted, in conformity with the law; children who have been given away for adoption, in conformity with the law; children who are temporarily or definitively separated from their parents, as a result of application of the placement solution, in conformity with the law;

RESIDENTIAL CARE

The role of residential-type services is to insure protection, raising and caring for the child who is temporarily or definitively separated from his/her parents as a result of application of the placement measure, in conformity with the law.

Such services include placement centers (including family-type modules), emergency shelters for children, as well as maternal centers.

The beneficiaries are (e.g.): children who are temporarily or definitively separated from parents as a result of institution of the placement measure in such conditions, in conformity with the law; children for whom emergency placement solution was applied, in conformity with the law;

Teenagers over the age of 18 who benefit of special protection, in conformity with the law.

4. The Daphne III Programme against Violence.

Daphne III Programme is a part of the General Programme called “Fundamental Rights and Justice” initiated by the European Union. It was adopted on the 20th of July 2007 by the European Parliament and published on the 3rd of July 2007 in the Official Journal L 173.

The object of the Daphne III programme is preventing the violence against children, young people and women. It regards all forms of violence.

The Daphne III Programme follows the Daphne II Programme, made for 2004 – 2007 and the reason for which the European Commission decided to continue with this project is that the cases of violence are still present in our lives in a great number.

The programme covers the 2007 – 2013 period with a budget of aprox. 116 million euro. It is opened for participation for all the E.U. member states, for local public authorities and institutions and even for candidate states to E.U. membership.

The programme achieves its objectives by means of transnational actions (grant funding).

The aims for the Daphne III are assisting and encouraging NGOs and other organizations to be active in this field, raising actions, studying phenomena related to the violence and its impact, developing support programmes for victims and people at risk and intervention programmers for perpetrators.

Romania has developed a number of 14 projects in this programme regarding young perpetrators, child sexual abuse and violence against women, among others. There are 8 organizations acting in Romania's largest cities and developing activities mostly in child protection area.

References:

- <http://www.copii.ro>.
- <http://ec.europa.eu>.
- Law no. 272/2004 published in the Romanian Official Gayette no. 557 on 23.06.2004.

DREPTUL FUNDAMENTAL LA UN MEDIU SĂNĂTOS ȘI ECHILIBRAT ECOLOGIC

Asist. Univ. Drd. IONIȚĂ-BURDA ȘTEFANIA-DIANA
Universitatea Româno-Americană București

1. Noțiuni

Se poate vorbi de *generații*¹ ale drepturilor omului – potrivit opiniilor formulate în cadrul UNESCO² – care nu reprezintă altceva decât etapele de dezvoltare succesivă și istorică ale acestora; astfel, apariția drepturilor din:

- prima generație – *civile și politice* – este legată de pregătirea intelectuală a revoluțiilor burgheze din Europa; au apărut ca măsuri de protecție a individului împotriva violenței și arbitrarului guvernanților, ca revendicări ale unei poziții juridice egale în fața legii; nu presupuneau, în principiu, acțiuni concrete din partea statului, în afara abținerii în fața libertății persoanei;

- a doua generație – *sociale, economice și culturale* – s-a impus după adoptarea Declarației Universale a Drepturilor Omului (1948); se pot realiza prin intermediul și mijloacele statului implicând din partea acestuia (statului) acțiuni, măsuri, garanții;

- a treia generație (asociate cu noțiunile de „solidaritate” și responsabilitate comună) – *dreptul la pace, dreptul la dezvoltare, dreptul la comunicare, dreptul la patrimoniu comun, dreptul la un mediu sănătos și echilibrat ecologic* – s-a impus ca o necesitate a colaborării dintre state; au avut ca punct de plecare ideea promovării personalității umane valorificând raportul individ-colectivitate în viziunea realității contemporane; pot fi realizate numai prin cooperarea statelor și nu individual de fiecare dintre ele.

În ce privește **denumirea acestui drept fundamental**, nu se manifestă un consens; astfel, sunt utilizate *elemente de individualizare* – „sănătos”, „curat”, „echilibrat”, „adekvat”, „conservat”, „sigur”, „decent”, „de calitate” – *care sunt doar elemente de conținut ce se regăsesc în ceea ce toate reglementările* (internaționale, regionale, naționale) *reclamă „protecția”* – de altfel, cum ar putea exista un mediu sănătos, curat, echilibrat, adecvat, conservat, sigur, decent, de calitate, dacă nu ar fi protejat? – care este **elementul esențial de conținut și terminologic**³ al acestui drept fundamental.

Totuși, legiuitorul român, în actuala **Constituție**⁴ folosește termenul „**mediu sănătos și echilibrat ecologic**”, considerând că acesta corespunde realităților sociale, economice și politice din România. Prin urmare, *chiar dacă termenul și formularea comportă discuții*

¹ a se vedea și Sion I. G., *Ecologie și drept internațional. Cooperarea și strategia internațională în domeniul protecției mediului înconjurător*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1990, p.188-190; Muraru I., *Drept constituțional și instituții politice*, edț. a IV-a, vol. I, Ed. Actami, București, 1995, p. 199-200.

² a se vedea și Vasak K., *The International Dimension of Human Right vol.1-2*, (trad) Greenwood Press, Westport, Conneticut, 1982.

³ a se vedea și Iancu G., *Drepturile fundamentale și protecția mediului*, R.A. Monitorul Oficial, București, 1998, p. 165-170.

⁴ Constituția din 21.11.1991 (R) publicată în M. Of. nr. 767/31.11.2003.

(pe care, de altfel, am să le prezint) voi respecta „litera” legii fundamentale și voi utiliza termenul consacrat prin aceasta.

2. Recunoașterea dreptului la un mediu sănătos și echilibrat ecologic

În ceea ce privește *necesitatea recunoașterii* dreptului fundamental la un mediu sănătos și echilibrat ecologic, opiniile sunt împărțite:

- „recunoașterea sa este prematură sau inoportună în contextul dezvoltării prezente a societății”¹;

- „nu putem pretinde că dreptul la mediu sau dreptul la un mediu sănătos este un drept recunoscut de Convenție (Convenția Europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, Roma, 1950, n.ns.) ... chiar dacă ideea a încolțit în mințile câtorva teoreticieni de avangardă ... s-ar putea aborda în viitor ...”²;

- „dacă dreptul mediului decurge din interesul comun al umanității, putem considera că acest interes se reflectă în drepturile recunoscute individului”³;

- „consecințele recunoașterii unui drept constituțional la un mediu înconjurător de calitate ar fi, în mod cert, importante pentru economie, chiar pentru legislație și reglementările privind mediul ... pentru politica de protecție a mediului în general”⁴;

- „realitățile economico-sociale și juridice actuale evidențiază acuitatea și semnificațiile majore ale unui asemenea drept fundamental”⁵;

Totuși, *cu toate problemele pe care le-ar ridica o recunoaștere expresă* (ca în cazul drepturilor omului din prima și a doua generație), preocupările și încercările întreprinse⁶ la nivel internațional și regional (preluate în legislațiile naționale) conturează recunoașterea acestui drept fundamental, recunoaștere care nu poate constitui o preocupare superficială, nefundamentată științific, mai ales ***datorită gravității actualei crize a mediului, care impune solidaritate de acțiune.***

2.1. Consacrarea la nivel internațional și regional

Primul text, care nu consacră expres acest drept dar face legătura între drepturile fundamentale și protecția mediului – datorie sacră de a proteja și îmbunătăți mediul care să-i permită să trăiască în mod demn și în prosperitate –, îl reprezintă **Declarația Conferinței Națiunilor Unite asupra mediului** (1972, Stockholm) care **proclama ca prim principiu** „Omul are dreptul fundamental la libertate, egalitate și condiții de viață satisfăcătoare, într-un mediu a cărui calitate îi permite să trăiască în mod demn și în prosperitate. El are datoria sacră de a proteja și îmbunătăți mediul înconjurător pentru generațiile prezente și viitoare ...”.

¹ Roberts E. F., *The Right to a Decent Environment: A premature construct*, in *Environmental Policy & Law*, vol. 1, nr. 4, (feb) 1976, p. 185.

² Romi R., *L'Europe et la protection juridique de l'environnement*, Victoires éditions, paris, 1993, p. 116.

³ Kiss A., *Droit international de l'environnement*, A. Pedone, Paris, 1989, p. 20.

⁴ Bélanger M., *La reconnaissance d'un droit fondamental à un environnement de qualité*, Les édition Thémis, Montréal, 1990, p. 61.

⁵ Duțu M., *Dreptul la un mediu sănătos și prosper – drept fundamental al omului*, în „Dreptul” nr. 9-12/1990, p. 34-42.

⁶ a se vedea și Bélanger M., *La reconnaissance...*, *op. cit.*, p. 93-100.

O consacrare expresă este făcută în **Declarația asupra mediului și dezvoltării** (iunie, 1992, Rio de Janeiro) care **proclamă ca prim principiu** „ființele umane ... au dreptul la o viață sănătoasă și productivă în armonie cu natura”.

Din nefericire în **Declarația Mileniului** (Rezoluția Adunării Generale a ONU nr. 55/2 din 08.09.2000, New York) *cu toate că se face referire* (pct. 6) la valori fundamentale care sunt esențiale pentru relațiile internaționale ale secolului XXI, incluzând „respectul pentru natură” – în acest sens „... gestionarea tuturor speciilor vii și a resurselor naturale trebuie făcută cu prudență, în conformitate cu principiile dezvoltării durabile. Doar astfel bogățiile inestimabile vor putea fi conservate și transmise generațiilor viitoare. Modelele actuale neviabile de producție și consum trebuie schimbate în interesul bunăstării viitoare” – nu consacră în mod expres acest drept.

Carta Africană asupra drepturilor omului și popoarelor (1981, Nairobi) prevede (art. 24) „toate popoarele au dreptul la un mediu general satisfăcător favorabil dezvoltării lor”.

2.2. Consacrarea la nivel național

Constituția României nu consacră în mod expres un drept fundamental la un mediu sănătos și echilibrat ecologic, ci prevedea îndatoriri ale statului privind „refacerea și ocrotirea mediului înconjurător, precum și menținerea echilibrului ecologic” (fostul art. 134 alin. 2 lit. e) și „crearea condițiilor necesare pentru creșterea calității vieții” (fostul art. 134 alin. 2 lit. f).

Cu toate acestea, având în vedere existența acestor îndatoriri fundamentale ale statului (fostul art. 134 alin. 2 lit. e, f) și gravitatea actualei crize a mediului, se putea afirma că se contura o recunoaștere implicită a acestui drept (ca și în cazul Greciei, Germaniei, Olandei, Suediei, etc.) și datorită consacrării exprese în (art. 5) fosta Reglementare cadru privind protecția mediului (fosta Lege nr. 137/1995) – „statul recunoaște tuturor persoanelor dreptul la un mediu sănătos, garantând în acest scop: a) accesul la informația privind mediul, cu respectarea condițiilor de confidențialitate prevăzute de legislația în vigoare; b) dreptul de a se asocia în organizații de apărare a calității mediului; c) dreptul de consultare în vederea luării deciziilor privind dezvoltarea politicilor, legislației și a normelor de mediu, eliberarea acordurilor și autorizațiilor de mediu, inclusiv pentru planurile de amenajare a teritoriului și de urbanism; d) dreptul de a se adresa, direct sau prin intermediul unor asociații, autorităților administrative sau judecătorești în vederea prevenirii sau în cazul producerii unui prejudiciu direct sau indirect; e) dreptul la despăgubire pentru prejudiciul suferit” – și a stipulării obligațiilor și responsabilităților corelative privind protecția mediului în sarcina „autorităților administrației publice centrale și locale, precum și a tuturor persoanelor fizice și juridice” (art. 6 alin. 1).

Totuși, în condițiile nerecunoașterii exprese în Constituție a unui drept fundamental la un mediu sănătos și echilibrat ecologic și prin coroborarea prevederilor fostului art. 134 alin. 2 lit. e, f din Constituție cu prevederile art. 5 din fosta Reglementare cadru privind protecția mediului (fosta Lege nr. 137/1995), nu se putea ajunge decât la **concluzia** că **în sistemul nostru de drept se recunoștea un drept subiectiv la un mediu sănătos și echilibrat ecologic care își avea sorgintea în Constituție și conținutul în lege**¹.

¹ în doctrină s-a susținut: „premise fundamentale pentru realizarea tuturor acestor drepturi este însă, asigurarea unui mediu sănătos, deși acest drept (dreptul fundamental al omului la un mediu sănătos n.n.s.) nu este consacrat în mod expres” – Marinescu D., *Dreptul mediului înconjurător*, ed. a III-a, Casa de editură și presă „Șansa” SRL, București, 1996, p. 212; „chiar și în condițiile existente este de observat că e vorba de o recunoaștere constituțională indirectă și parțială și nu

Recunoașterea constituțională implicită nu echivala cu recunoașterea unui drept fundamental, care este întotdeauna expresă (vezi constituțiile Franței, Belgiei, Portugaliei, Spaniei, Turciei, etc.), ci cu recunoașterea unui drept subiectiv (așa cum am precizat). Protecția de care se bucura era cea a unui drept subiectiv, fără acces la procedurile prevăzute pentru drepturile fundamentale de instrumentele internaționale referitoare la protecția acestora.

*Era de dorit și se impunea consacrarea expresă în Constituție, dar **mai întâi trebuia să se creeze condițiile economice pentru recunoașterea sa.***

Din nefericire, **legiuitorul român** – sub presiunea alinierii reglementărilor naționale la cele comunitare, în vederea aderării la Uniunea Europeană – **s-a grăbit, consacrând în art. 35 din actuala Constituție**¹ – „Dreptul la mediu sănătos (1) Statul recunoaște dreptul oricărei persoane la un mediu înconjurător sănătos și echilibrat ecologic (2) Statul asigură cadrul legislativ pentru exercitarea acestui drept (3) Persoanele fizice și juridice au îndatorirea de a proteja și a ameliora mediul înconjurător” – **neluând în considerare eventualele consecințe** destul de delicate.

*O primă problemă delicată privește **formularea ambiguă** a textului din Constituție:*

a) **în alineatul (1)** „Statul recunoaște dreptul oricărei persoane la un mediu înconjurător sănătos și echilibrat ecologic”

- *se poate interpreta* că **titularii acestui drept** sunt *toate persoanele fizice aflate pe teritoriul României* (cetățeni români, cetățeni străini, sau apatrizi), din moment ce nu se precizează dacă este vorba doar de cetățeni români;

- *limitele și caracteristicile* unui „mediu înconjurător sănătos și echilibrat ecologic” (noțiunea preferată și utilizată de legiuitor) **sunt dificil de stabilit**; concret, tot *legiuitorul*, prin reglementarea nivelurilor maxime admisibile de poluare în mediile receptoare (normele de „calitate” a mediului) și prin stabilirea cantității și a concentrațiilor poluanților care pot fi degajați de o sursă dată (norme de emisie), **conturează dimensiunea de „sănătos” și „echilibrat ecologic”**, considerându-se că atâtă timp cât acestea sunt respectate (???) mediul este „sănătos” și „echilibrat ecologic”;

b) **în alineatul (2)** „Statul asigură cadrul legislativ pentru exercitarea acestui drept”

- **asigurarea**, de către stat, a **cadrului legislativ** pentru exercitarea acestui drept **apare ca o obligație**;

- **asigurarea unui cadru legislativ** **nu presupune doar procesul de legiferare**, ci și **alinierea reglementărilor naționale la cele internaționale** cât și **stabilirea cadrului procesual** în cazul încălcării acestui drept (atât de către stat cât și de către persoanele fizice și juridice);

c) **în alineatul (3)** „Persoanele fizice și juridice au îndatorirea de a proteja și a ameliora mediul înconjurător”

- **îndatorirea persoanelor fizice și juridice reprezintă o obligație corelativă** de a proteja și ameliora mediul; practic, toate persoanele sunt atât titularile dreptului la mediu sănătos și echilibrat ecologic, cât și titulare de obligații de a proteja și ameliora mediul;

implicită, ceea ce nu poate anula valoarea constituțională a dreptului la un mediu sănătos” – Duțu M., *Dreptul mediului. Tratat. vol. I*, Ed. Economică, București, 1998, p. 100.

¹ Constituția din 21.11.1991 (R) publicată în M. Of. nr. 767/31.11.2003.

O altă problemă delicată este legată de faptul că **reglementările interne** actuale nu sunt de natură să ofere soluții satisfăcătoare situației în care **statul ar trebui să răspundă în cazul neîndeplinirii obligațiilor** prevăzute în acest articol.

Ori, în condițiile imposibilității de rezolvare a **eventualelor litigii** de către instanțele naționale – care în mod cert vor apărea (este o chestiune pur temporală până când persoanele care locuiesc în zonele „cenușii” vor realiza că au dreptul la un mediu „sănătos” și „ecologic echilibrat”) –, **s-ar declanșa procedurile prevăzute de instrumentele internaționale** pentru protejarea unui drept fundamental recunoscut și nerespectat.

3. Raportul dintre dreptul fundamental la un mediu sănătos și echilibrat ecologic și celelalte drepturi fundamentale

Afirmarea și consacrarea drepturilor din cea de-a treia generație – „drepturi de solidaritate” (între care se afirmă și dreptul la un mediu sănătos și echilibrat ecologic) – ridică *problema corelației cu celelalte drepturi fundamentale* din primele două generații, deja recunoscute și garantate expres, deoarece chiar dacă se face o clasificare a drepturilor fundamentale (care nu urmărește ruperea, divizarea drepturilor, ci dimpotrivă explicarea structurii interioare a sistemului unitar al drepturilor, libertăților și îndatoririlor cetățenilor), aceasta (clasificarea) nu trebuie interpretată ca o ierarhizare pentru că toate au aceeași importanță chiar dacă unele depind în realizarea lor de altele sau îndeplinesc și funcția de garanții pentru celelalte, ele formează un tot unitar¹.

La o primă vedere – ceea ce determină și reticența recunoașterii și garantării unanime – *se manifestă un conflict aparent între „generații de drepturi”*. Astfel, se consideră că drepturile din primele generații sunt afectate (mai mult sau mai puțin) de cele din ultima generație, relevându-se (în mod concret) incidența negativă a dreptului la un mediu sănătos și echilibrat ecologic, asupra altor drepturi și libertăți fundamentale:

- dreptul de proprietate: prin instituirea unor îndatoriri vizând protecția mediului, prevăzute (de altfel) și în Constituția României (art. 44 alin. 7) „dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecția mediului ...”;
- dreptul de muncă: prin obligarea persoanelor juridice poluante fie să-și înceteze activitatea fie să-și re tehnologizeze procesul de producție;
- libera circulație: prin restrângerea sau interzicerea accesului în zonele protejate.

Am spus „conflict aparent” pentru că în realitate „aparitia crizei ecologice actuale a creat premisele unei noi abordări a drepturilor fundamentale, din perspectiva și în contextul protecției mediului ... Cauza necesității acestei noi abordări rezultă din conservatorismul dreptului ca sistem, dar și din perspectiva componentelor sale, ceea ce face ca el să rămână de multe ori în urma modificărilor și transformărilor sociale, economice, politice și chiar a celor produse în natură. Această rămânere în urmă a determinat în prezent o anumită neconcordanță între conținutul unor drepturi fundamentale reglementate (de lege lata) și realitatea ecologică, neconcordanță care nu putea să existe așa de evident la data la care drepturile fundamentale au fost stabilite pentru prima oară ... conținutul unor drepturi fundamentale trebuie completat sau interpretat corect. Fără aceste operațiuni, întinderea obligației de respectare a acestora de către cetățeni nu este stabilită (conturată) și nici corespunzătoare cu realitatea actuală, chiar dacă este corespunzătoare conținutului necomplet. Neconcordanța semnalată nu poate duce la încălcarea drepturilor fundamentale, ci are ca efect imediat doar adâncirea crizei ecologice și, firesc, un efect de feedback

¹ a se vedea și Muraru I., *Drept constituțional...*, op. cit., p. 206-207.

pentru om, degradarea mediului înconjurător întorcându-se, în viitor, împotriva ființei umane”¹.

*În realitate, nu este vorba și nu poate fi vorba de o contradicție, de un conflict între drepturile fundamentale (din primele generații) și dreptul fundamental la un mediu sănătos și echilibrat ecologic, pentru că „drepturile fundamentale, pot fi explicate numai văzute în interdependența lor cu celelalte fenomene și îndeosebi cu realitățile economice, sociale și politice, concrete în fiecare țară”*².

4. Natura juridică

Ca orice drept fundamental, dreptul la un mediu sănătos și echilibrat ecologic (din punct de vedere al naturii juridice) este *un drept subiectiv care face parte, împreună cu celelalte drepturi și obligații constituțional și legal reglementate, din statutul juridic al cetățeanului*; opinii contrare au fost formulate în doctrină³: drept-creanță (ia forma unei creanțe de care dispun cetățenii față de puterea statală), drept pozitiv – și nu natural – (nu își poate asigura existența fără să se aibă în vedere politica sa de aplicare și mijloacele practice pentru exercitarea sa), procedural (trebuie să asigure participarea la procesul de luare a deciziilor), etc.

5. Conținutul

În ce privește conținutul acestui drept, s-a susținut *existența a două dimensiuni: umană (individuală)* – ce presupune asigurarea integrității, bunăstării și prosperității materiale și spirituale a ființei umane într-un mediu sănătos și echilibrat ecologic, care să nu-i pună în pericol viața, sănătatea și dezvoltarea – și *naturală (colectivă)* – ce presupune protecția mediului (de către om), asigurarea unui mediu natural care să favorizeze calitatea vieții în general (nu numai a ființei umane); astfel,

- „... prima dimensiune (*dimensiunea individuală* n.ns.) presupune dreptul oricărui individ la: a) prevenirea poluării; b) încetarea activității care are drept efect o poluare nocivă (peste pragurile cerute de standardele stabilite în statele respective), c) repararea pagubei suferite de pe urma acestei poluări. În afara drepturilor pe care le are individul, cea de-a doua dimensiune (*dimensiunea colectivă* n.ns.) implică totodată obligația (popoarelor, care incumbă) statelor respective de a coopera în vederea prevenirii și combaterii poluării, a protejării mediului (natural) la nivel regional și internațional, așa cum ele au obligația de a lua măsuri corespunzătoare pe plan național...”⁴.

- „... privește, în primul rând, un mediu sănătos, nepoluat, care să nu creeze o stare de pericol pentru sănătate, viață și dezvoltare (fizică și intelectuală) a omului, să asigure afirmarea personalității creatoare a acestuia. Aceasta reprezintă *dimensiunea umană*, propriu-zisă a dreptului fundamental la care ne referim, dominantă care sintetizează cerințele majore ale unui mediu (natural și socio-economic) care are în centrul său omul, bunăstarea și prosperitatea condiției sale materiale și spirituale, apărarea integrității ființei umane. Cea de-a doua *dimensiune, naturală*, concretizată în cerința unui mediu înconjurător echilibrat din punct de vedere ecologic, exprimă imperativul garantării unui mediu natural care să favorizeze calitatea vieții în general, având riguroase implicații

¹ Iancu G., *Drepturile fundamentale...*, op. cit., p. 117, 118, 126; pentru dezvoltare, a se vedea și p. 128-162.

² Muraru I., *Drept constituțional...*, op. cit., p. 188.

³ a se vedea și Iancu G., *Drepturile fundamentale...*, op. cit., p. 202-204.

⁴ Sion I. G., *Ecologie...*, op. cit., p. 190.

socio-economice și privește omul mai ales ca element al sistemului natural și ocrotirea sa prin menținerea echilibrului ecologic”¹.

S-a formulat chiar și o propunere² de lege ferenda pentru recunoașterea (în Constituția României) a unui drept fundamental la un mediu protejat susținându-se „existența a trei coordonate pe baza cărora se poate individualiza un conținut complet al unui drept fundamental la un mediu înconjurător protejat. O primă coordonată ... este cea conform căreia dreptul fundamental în cauză, ce trebuie să fie înscris în dispozițiile constituționale ca drept ce aparține ființelor umane prezente și viitoare, este într-o strânsă legătură cu definiția mediului înconjurător sau, cu alte cuvinte, cu conținutul elementelor care definesc noțiunea de mediu înconjurător.

Cea de-a doua coordonată presupune realizarea concordanței dintre conținutul dreptului fundamental și întinderea protecției mediului înconjurător ... este necesar să fie scoase în evidență: drepturile pe care le au cetățenii în legătură cu protecția mediului înconjurător, măsurile care formează conținutul protecției mediului înconjurător și îndatorirea statului și a fiecărui cetățean sau persoană juridică privind protecția mediului înconjurător.

Cea de-a treia coordonată presupune ridicarea la nivel constituțional a răspunderii juridice pentru săvârșirea unor ilegalități care afectează dreptul fundamental la un mediu înconjurător protejat, inclusiv pentru daunele ecologice produse”³.

Într-adevăr, existența și exercitarea unui drept fundamental la un mediu sănătos și ecologic echilibrat sunt condiționate de conținutul noțiunii la care face trimitere dreptul respectiv „mediu” – „ansamblul de condiții și elemente naturale ale Terrei: aerul, apa, solul, subsolul, aspectele caracteristice ale peisajului, toate straturile atmosferice, toate materiile organice și anorganice, precum și ființele vii, sistemele naturale în interacțiune cuprinzând elementele enumerate anterior, inclusiv valorile materiale și spirituale, calitatea vieții și condițiile care pot influența bunăstarea și sănătatea omului”⁴ –.

Drepturile-garanții ale acestui drept fundamental sunt prevăzute în art. 5 din Reglementarea cadru privind protecția mediului (OUG nr. 195/2005) „Statul recunoaște tuturor persoanelor dreptul la un mediu sănătos, garantând în acest scop: a) accesul la informația privind mediul, cu respectarea condițiilor de confidențialitate prevăzute de legislația în vigoare; b) dreptul de asociere în organizații pentru protecția mediului; c) dreptul de fi consultat în procesul de luare a deciziilor privind dezvoltarea politicii și legislației de mediu, eliberarea planurilor și programelor; d) dreptul de a se adresa, direct sau prin intermediul organizațiilor pentru protecția mediului, autorităților administrative și/sau judecătorești, după caz, în probleme de mediu, indiferent dacă s-a produs sau nu un prejudiciu; e) dreptul la despăgubire pentru prejudiciul suferit”; corelativ, în art. 6 alin. 1 al Reglementării cadru privind protecția mediului (OUG nr. 195/2005) se stabilește „Protecția mediului constituie obligația și responsabilitatea autorităților administrației publice centrale și locale precum și a tuturor persoanelor fizice și juridice” iar în capitolul XIV „Atribuții și răspunderi” sunt prezentate atribuțiile și răspunderile autorităților pentru protecția mediului, ale altor autorități centrale și locale precum și obligațiile persoanelor fizice și juridice.

¹ Kiss A., *Droit...*, op. cit., p. 21-22.

² a se vedea Iancu G., *Drepturile fundamentale...*, op. cit., p. 210 și urm.

³ Iancu G., *Drepturile fundamentale...*, op. cit., p. 212-213.

⁴ Anexa 1 a fostei Reglementări cadru privind protecția mediului (Legea nr. 137/1995).

5.1. Drepturile-garanții ale dreptului la un mediu sănătos și echilibrat ecologic

Așa cum am precizat, în art. 5 din Reglementarea cadru privind protecția mediului (OUG nr. 195/2005) sunt prevăzute *cinci drepturi garanții* ale dreptului la un mediu sănătos și echilibrat ecologic care, în esență, constituie concretizări ale altor drepturi fundamentale:

- *Accesul la informații privind mediul, cu respectarea condițiilor de confidențialitate prevăzute de legislația în vigoare* (art. 5 a) constituie o concretizare a dreptului fundamental la informație consacrat în Constituție „dreptul persoanei de a avea acces la orice informație de interes public nu poate fi îngrădit” (art. 31 alin. 1).

În Reglementarea cadru privind protecția mediului (OUG nr. 195/2005) – ca aplicare a acestuia – se stipulează:

- „Autoritatea centrală pentru protecția mediului are următoarele atribuții și răspunderi ... e) creează sistemul de informare propriu și stabilește condițiile și termenii care să permită accesul liber la informațiile privind mediul; ... t) pune la dispoziția publicului datele centralizate privind starea mediului, programele și politica de protecție a mediului ...” (art. 75);

- „Titularul activității are obligația de a informa ...” (art. 14 alin. 4);

- „Autoritatea competentă pentru protecția mediului, împreună cu celelalte autorități ale administrației publice centrale și locale, după caz, asigură asigură informarea ... publicului ... Informarea publicului în cadrul procedurilor de reglementare pentru planuri, programe proiecte și activități se realizează conform legislației specifice în vigoare” (art. 20 alin. 1-2).

- *Dreptul de asociere în organizații pentru protecția mediului* (art. 5 b) constituie o concretizare a dreptului fundamental de asociere consacrat de Constituție „cetățenii se pot asocia liber în partide politice, în sindicate, în patronate și în alte forme de asociere” (art. 40 alin. 1).

Pe plan intern au fost înființate Partidul Ecologist Român (P.E.R.), Mișcarea Ecologistă Română (M.E.R.) și o serie de organizații și fundații care nu și-au făcut simțită prezența.

Pe plan internațional au fost constituite mai multe organizații neguvernamentale (NGO) care au ca scop protejarea mediului și care sunt active: Uniunea Internațională pentru Conservarea Naturii (IUCN), World Wildlife Fund (WWF), Greenpeace, etc.

- *Dreptul de a fi consultat în procesul de luare a deciziilor privind mediul* (art. 5 lit. c) consacrat ca „dreptul de a fi consultat în procesul de luare a deciziilor privind dezvoltarea politicii și legislației de mediu, emiterea actelor de reglementare în domeniu, elaborarea planurilor și programelor”.

În Reglementarea cadru privind protecția mediului (OUG nr. 195/2005) – ca aplicare a acestuia (dreptului) – se prevede:

- „Autoritatea centrală pentru protecția mediului are următoarele atribuții și răspunderi ... e) creează sistemul de informare propriu ... care permit ... participarea publicului la luarea deciziilor privind mediul” (art. 75);

- „Autoritatea competentă pentru protecția mediului, împreună cu celelalte autorități ale administrației publice centrale și locale, după caz, asigură participarea publicului la deciziile privind activități specifice ... Consultarea publicului este obligatorie în cazul procedurilor de emitere a actelor de reglementare, potrivit legislației în vigoare. Procedura

de participare a publicului la luarea deciziei este stabilită prin acte normative specifice” (art. 20 alin. 1, 3).

• *Dreptul de a se adresa autorităților administrative și judecătorești* (art. 5 lit. d) consacrat ca „dreptul de a se adresa, direct sau prin intermediul organizațiilor pentru protecția mediului, autorităților administrative și/sau judecătorești, după caz, în probleme de mediu, indiferent dacă s-a produs sau nu un prejudiciu” reprezintă o concretizare a dreptului fundamental de petiționare – consacrat în Constituție „Cetățenii au dreptul să se adreseze autorităților publice prin petiții ... Organizațiile legal constituite au dreptul să adreseze petiții ...” (art. 51 alin. 1-2) – și a principiului accesului liber la justiție – prevăzut în Constituție „orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime” (art. 21 alin. 1).

În Reglementarea cadru privind protecția mediului (OUG nr. 195/2005) – ca aplicare a acestuia (dreptului) – se prevede: „Autoritatea competentă pentru protecția mediului, împreună cu celelalte autorități ale administrației publice centrale și locale, după caz, asigură „Accesul la justiție al publicului se realizează potrivit reglementărilor legale în vigoare. Organizațiile neguvernamentale care promovează protecția mediului au drept la acțiune în justiție în probleme de mediu, având calitate procesuală activă în litigiile care au ca obiect protecția mediului” (art. 20 alin. 5-6).

• *Dreptul la despăgubiri pentru prejudiciul suferit* (art. 5 e) reprezintă o concretizare a principiului „poluatorul plătește” consacrat în art. 3 lit. e din Reglementarea cadru privind protecția mediului (OUG nr. 195/2005);

În Reglementarea cadru privind protecția mediului (OUG nr. 195/2005) – ca aplicare a acestuia (dreptului) – se prevede: „Răspunderea pentru prejudiciul adus mediului are caracter obiectiv, independent de culpă. În cazul pluralității autorilor, răspunderea este solidară ... repararea prejudiciului adus mediului se realizează conform prevederilor prezentei ordonanțe de urgență și a reglementărilor specifice” (art. 95 alin. 1, 3).

5.2. Îndatoririle statului, persoanelor juridice și fizice privind protecția mediului

Așa cum precizăm, îndatoririle statului, persoanelor juridice și fizice privesc protecția mediului „obiectiv de interes public major” și au drept scop comun realizarea celor două dimensiuni – umană (individuală) și naturală (colectivă) – ale dreptului la un mediu sănătos și echilibrat ecologic.

Astfel, în Constituție se instituie îndatorirea statului de a asigura „... d) exploatarea resurselor naturale, în concordanță cu interesul național; e) refacerea și ocrotirea mediului înconjurător, precum și menținerea echilibrului ecologic; f) crearea condițiilor necesare pentru creșterea calității vieții” (art.135 alin. 2).

De asemenea, în Reglementarea cadru privind protecția mediului (OUG nr. 195/2005) se stipulează „Protecția mediului constituie obligația și responsabilitatea autorităților administrației publice centrale și locale precum și a tuturor persoanelor fizice și juridice” (art. 6 alin. 1), iar în Capitolul XIV „Atribuții și răspunderi” sunt prezentate și răspunderile autorităților pentru protecția mediului (art. 75-79), ale altor autorități centrale și locale (art. 80-93), precum și obligațiile persoanelor fizice și juridice „... în care scop: a) solicită și obțin actele de reglementare, potrivit prevederilor prezentei ordonanțe de urgență și a legislației subsecvente; b) respectă condițiile din actele de reglementare obținute; c) nu pun în exploatare instalații ale căror emisii depășesc valorile limită stabilite prin actele de reglementare; d) persoanele juridice care desfășoară activități cu impact semnificativ asupra mediului organizează structuri proprii specializate pentru protecția mediului; e)

asistă persoanele împuternicite cu activități de verificare, inspecție și control, punându-le la dispoziție evidența măsurătorilor proprii și toate celelalte documente relevante și le facilitează controlul activităților ai căror titulari sunt, precum și prelevarea de probe; f) asigură accesul persoanelor împuternicite pentru verificare, inspecție și control la instalațiile tehnologice generatoare de impact asupra mediului, la echipamentele și instalațiile de depoluare a mediului, precum și în spațiile sau în zonele aferente acestora; g) realizează, în totalitate și la termen, măsurile impuse prin actele de constatare încheiate de persoanele împuternicite cu activități de verificare, inspecție și control; h) se supun dispoziției scrise de încetare a activității; i) suportă costul pentru repararea prejudiciului și înlătură urmările produse de acesta, restabilind condițiile anterioare producerii prejudiciului, potrivit principiului "poluatorul plătește"; j) asigură sisteme proprii de supraveghere a instalațiilor și proceselor tehnologice și pentru automonitorizarea emisiilor poluante; k) asigură evidența rezultatelor și raportează autorității competente pentru protecția mediului rezultatele automonitorizării emisiilor poluante, conform prevederilor actelor de reglementare; l) informează autoritățile competente, în caz de eliminări accidentale de poluanți în mediu sau de accident major; m) depozitează deșeurile de orice fel numai pe amplasamente autorizate în acest sens; n) nu ard miriștile, stuful, tufărișurile sau vegetația ierboasă fără acceptul autorității competente pentru protecția mediului și fără informarea în prealabil a serviciilor publice comunitare pentru situații de urgență; o) aplică măsurile de conservare stabilite de autoritatea publică centrală pentru protecția mediului pe suprafețele terestre și acvatice supuse unui regim de conservare ca habitate naturale pe care le gestionează precum și pentru refacerea ecologică a acestora; p) nu folosesc momeli periculoase în activitățile de pescuit și vânătoare, cu excepția cazurilor special autorizate; q) asigură condiții optime de viață, în conformitate cu prevederile legale, animalelor sălbatice ținute în captivitate legal, sub diferite forme; r) asigură luarea măsurilor de salubritate a terenurilor deținute cu orice titlu, neocupate productiv sau funcțional, în special a celor situate de-a lungul căilor de comunicație rutiere, feroviare și de navigație; s) să se legitimeze la solicitarea expresă a personalului de inspecție și control prevăzut în prezenta ordonanță de urgență.” (art. 94 alin.1 lit. a-s).

6. Concluzii

Așa cum am susținut mai sus, *era de dorit și se impunea consacrarea expresă în Constituție*, dar **mai întâi trebuiau create condițiile economice pentru recunoașterea sa**.

Din nefericire, ca și în alte situații, *legiuitorul român, sub presiunea alinierii reglementărilor naționale la cele comunitare* (în vederea aderării la Uniunea Europeană) și având în vedere faptul că *o mare parte a țărilor membre UE garantau deja acest drept* (în termeni mai mult sau mai puțin asemănători), **s-a grăbit, să consacre, în art. 35 din actuala Constituție, acest drept fundamental**.

Nu au fost analizate/nu s-a ținut seama de eventualele consecințe, destul de delicate pe care le generează o astfel de recunoaștere și garantare expresă.

Astfel că *reglementările interne actuale nu sunt de natură să ofere soluții satisfăcătoare* situației în care **statul ar trebui să răspundă în cazul neîndeplinirii obligațiilor** prevăzute în acest articol.

Ori, *în condițiile imposibilității de rezolvare a eventualelor litigii* de către instanțele naționale – care în mod cert vor apărea (este o chestiune pur temporală până când persoanele care locuiesc în zonele „cenușii” vor realiza că au dreptul la un mediu „sănătos”

și „ecologic echilibrat”) –, **s-ar declanșa procedurile prevăzute de instrumentele internaționale** pentru protejarea unui drept fundamental recunoscut și nerespectat.

De altfel, *o primă astfel de situație a și avut loc recent* (27.01.2009), **România fiind condamnată** de CEDO, pentru **încălcarea art. 8 din Convenție**, într-un **caz legat de protecția mediului**: Tatar v Romania (No 67021/01)¹.

Cei doi petenți (tată și fiu) s-au adresat Curții Europene în 2001, plângându-se că autoritățile române nu au reglementat de manieră eficace folosirea cianurii și a altor substanțe toxice de către Transgold (fosta Aurul Baia Mare) în procesul tehnologic de extragere a aurului. Ca urmare a acestui proces tehnologic, viețile celor doi, care locuiau la o sută de metri de fabrica Aurul Baia Mare, au fost puse în pericol. S-a susținut că problemele reclamate de cei doi au fost evidențiate de „gravul accident” care a avut loc în ianuarie 2000, atunci când apă contaminată cu cianuri s-a deversat din lacul de acumulare aparținând Aurul Baia Mare producând un dezastru ecologic pe cursul râului Tisa.

Curtea europeană a constatat că autoritățile române nu au impus Transgold condiții de funcționare apte să evite producerea unor prejudicii mediului și sănătății umane. Mai mult, au permis acestei societăți să funcționeze și după accidentul din ianuarie 2000, încălcând principiul precauției care ar fi impus o restricționare a activității atât timp când existau serioase îndoieli cu privire la siguranța procesului tehnologic.

În aceste condiții, judecătorii CEDO au decis că România nu și-a respectat obligația de a analiza corespunzător riscurile pe care activitatea companiei miniere le presupunea și de a lua toate măsurile necesare pentru a asigura protejarea dreptului la viață privată și de familie.

¹ European Court of Human Rights, Information Note on the Court's case-law, nr. 115, (ian) 2009, p. 30-33.

REGIMUL RĂSPUNDERII CIVILE ÎN DREPTUL MEDIULUI

Asist. Univ. Drd. IONIȚĂ-BURDA ȘTEFANIA-DIANA
Universitatea Româno-Americană București

1. Considerații generale

Răspunderea este o componentă esențială a oricărei forme de organizare socială și reprezintă chiar reacția societății post-factum¹ față de conduita neconformă prevederilor normelor juridice, conduită prin care se aduce atingere ordinii de drept, tulburându-se normala desfășurare a relațiilor sociale, a echilibrului social.

Sensul frecvent al noțiunii de răspundere, indiferent de forma sub care se manifestă, este acela de obligație de a suporta consecințele nerespectării unor reguli de conduită, obligație ce incumbă autorului conduitei (faptei) sancționate care (conduită) poartă întotdeauna amprenta dezaprobării sociale.

Totuși, răspunderea juridică este „complexul de drepturi și obligații conexe care (potrivit legii) se nasc ca urmare a săvârșirii unei fapte ilicite și care constituie cadrul de realizare a constrângerii de stat prin aplicarea sancțiunilor juridice în scopul asigurării stabilității raporturilor sociale și a îndrumării membrilor societății în spiritul respectării ordinii de drept”².

Pe fondul actualei crize a mediului (determinată, în special, de exploatarea nerațională și insuficienta conservarea a resurselor naturale) și sub impactul „revoluției” tehnico-științifice, răspunderea juridică în dreptul mediului a devenit „o zonă fierbinte”³ în contextul permanentei modificări a normelor care reglementează protecția mediului.

O.U.G. nr. 195/2005⁴ stipulează, în art.95:

„(1) Răspunderea pentru prejudiciul adus mediului are caracter obiectiv, independent de culpă. În cazul pluralității autorilor, răspunderea este solidară.

(2) În mod excepțional, răspunderea poate fi și subiectivă pentru prejudiciile cauzate speciilor protejate și habitatelor naturale, conform reglementărilor specifice.

(3) Prevenirea și repararea prejudiciului adus mediului se realizează conform prevederilor prezentei ordonanțe de urgență și a reglementărilor specifice”.

În dreptul mediului, regimul răspunderii civile, instituit de reglementarea-cadru, care consacră (ca regulă) răspunderea obiectivă „Răspunderea pentru prejudiciul adus mediului are caracter obiectiv, independent de culpă ...” (art. 95 alin.1), derogă de la regimul clasic instituit de Codul civil, care consacră (ca regulă) răspunderea subiectivă (art. 998 și urm.); totuși, pe cale de excepție, în unele reglementări sectoriale este stipulată și răspunderea subiectivă.

2. Regimul general al răspunderii civile în dreptul mediului

În dreptul mediului, reglementarea-cadru, „abandonând” regimul clasic al răspunderii civile instituit de Codul civil (art. 998 și urm.), a consacrat ferm (art. 95 alin.1), la nivel de

¹ Florin Sandu, Gheorghe-Iulian Ioniță, „Dreptul mediului”, Editura Sylvi, București, 2003, pag.363.

² Mircea N. Costin, „Răspunderea juridică în dreptul R.S.R.”, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1974, pag. 31-32.

³ I. G. Sion, op. cit., pag.126-127.

⁴ O.U.G. nr. 195/2005 publicată în M. Of. nr. 1196/30.12.2005.

principiu (pentru a asigura o protecție sporită a intereselor victimelor prejudiciilor ecologice dar și în aplicarea principiului „poluatorul plătește”), caracterul obiectiv („independent de culpă”) și solidar (în cazul pluralității autorilor) al răspunderii pentru prejudiciu.

*Domeniul de aplicare*¹ este stabilit în art. 95 alin.1 „răspunderea pentru prejudiciu”, prin „prejudiciu” înțelegându-se „o schimbare adversă cuantificabilă a unei resurse naturale sau o deteriorare cuantificabilă a funcțiilor îndeplinite de o resursă naturală în beneficiul altei resurse naturale sau al publicului, care poate să survină direct sau indirect”²; se face referire la două categorii de daune: cele care vizează persoana (sănătatea și bunurile³ acesteia) și cele care vizează mediul (în general).

3. Regimul special al răspunderii civile pentru daune nucleare

Regimul special al răspunderii civile pentru daune nucleare este stabilit prin Legea nr. 703/2001⁴.

Domeniu de aplicare: răspunderea civilă pentru repararea daunelor rezultate din activitățile de utilizare a energiei nucleare în scopuri pașnice (art. 1);

Regimul instituit:

❖ operatorul⁵ unei instalații nucleare⁶ răspunde⁷ (la nivel de principiu) obiectiv și exclusiv pentru orice daună nucleară⁸, dacă s-a dovedit a fi provocată de un accident nuclear¹:

¹ F. Sandu, Gh. I. Ioniță, op. cit., pag. 424-425.

² art. 2 pct. 52 din O.U.G. nr. 195/2005.

³ prin *bun* se înțelege o valoare economică ce este utilizată pentru satisfacerea nevoii materiale ori spirituale a omului și este susceptibilă de apropiere sub forma dreptului patrimonial – Gheorghe Beleiu, Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil, edț. a V-a, Casa de editură și presă „Șansa” SRL, București, 1998, pag. 98.

⁴ Legea nr. 703/2001 publicată în M. Of. nr. 818/19.12.2001.

⁵ *operator* înseamnă titularul autorizației emise potrivit prevederilor Legii nr. 111/1996 privind desfășurarea în siguranță a activităților nucleare, republicată (art. 3 m).

⁶ *instalație nucleară* înseamnă: 1. orice reactor nuclear, cu excepția aceluia cu care este echipat un mijloc de transport maritim sau aerian spre a fi folosit ca o sursă de putere, dacă este pentru propulsie sau în orice alt scop; 2. orice uzină care folosește combustibil nuclear pentru producerea de materiale nucleare și orice uzină de prelucrare a materialelor nucleare, inclusiv orice uzină de retratare a combustibilului nuclear iradiat; 3. orice instalație în care sunt stocate materialele nucleare, cu excepția depozitărilor în vederea transportului de materiale nucleare – de asemenea, instalațiile nucleare aparținând unui singur operator, care se află pe același amplasament, vor fi considerate o singură instalație nucleară – (art. 3 g).

⁷ art. 4 alin.1 a-c.

⁸ *daună nucleară* înseamnă: 1. orice deces sau orice rănire; 2. orice pierdere sau orice deteriorare a bunurilor; 3. orice pierdere economică care rezultă dintr-o daună la care s-a făcut referire la pct. 1 și 2, neinclusă în aceste prevederi, dacă este suferită de o persoană îndreptățită să ceară despăgubiri în ceea ce privește o astfel de pierdere; 4. costul măsurilor de refacere a mediului deteriorat în urma producerii unui accident nuclear, dacă o astfel de deteriorare este semnificativă, dacă astfel de măsuri sunt luate sau urmează să fie luate și dacă nu sunt incluse în pct. 2; 5. orice pierdere a veniturilor care derivă dintr-un interes economic față de orice utilizare a mediului, datorată deteriorării semnificative a mediului înconjurător și dacă nu este inclusă la pct. 2; 6. costul măsurilor preventive și orice pierderi sau daune cauzate de astfel de măsuri; 7. orice altă daună economică, alta decât cea cauzată de degradarea mediului, dacă este admisă de legislația privind

- survenit în această instalație nucleară;
- implicând un material nuclear² care provine din această instalație nucleară:
- ✓ înainte ca răspunderea pentru dauna nucleară cu privire la acest material să fi fost asumată, pe baza unui contract scris, de către un alt operator;
- ✓ în absența unor prevederi exprese ale unui asemenea contract prevăzut la pct. 1, înainte ca un alt operator să fi preluat acest material;
- ✓ dacă materialul nuclear a fost trimis unei persoane aflate pe teritoriul altui stat înainte să fi fost descărcat din mijlocul de transport prin intermediul căruia a ajuns pe teritoriul aceluia stat;
- implicând un material nuclear trimis acestei instalații nucleare:
- ✓ după ce răspunderea pentru daunele nucleare cauzate de acel material nuclear a fost transferată operatorului de către operatorul unei alte instalații nucleare, în temeiul unui contract scris;
- ✓ în absența unor prevederi exprese ale unui contract scris, după ce respectivul operator a preluat acest material nuclear;
- ✓ dacă acest material nuclear a fost trimis, cu consimțământul scris al respectivului operator, de către o persoană³ aflată pe teritoriul altui stat, numai după ce materialul a fost încărcat pe mijlocul de transport cu care trebuie să părăsească teritoriul aceluia stat;
- ❖ în cazul în care o daună nucleară antrenează răspunderea mai multor operatori, ei răspund pentru daună solidar și integral (în măsura în care este imposibil să se determine cu certitudine care este partea din daune imputabilă fiecăruia) dar care (răspundere) a fiecărui operator nu poate fi superioară cuantumului care îi este aplicabil potrivit art. 8 (art. 4 alin.4);
- ❖ în cazul unui accident nuclear survenit în timpul transportului de materiale nucleare răspunderea civilă pentru daune nucleare revine în întregime transportatorului (care va fi considerat operator în sensul prezentei legi) la cererea sa și cu consimțământul operatorului instalației (art. 4 alin.3);

răspunderea civilă a instanței competente – de asemenea, pierderile sau daunele prevăzute la pct. 1-5 și 7 sunt considerate daune nucleare în măsura în care pierderea sau dauna: ia naștere ca rezultat al radiației ionizante emise de orice sursă de radiație care se află într-o instalație nucleară sau emise de combustibilul nuclear, de produșii radioactivi sau de deșeurile radioactive dintr-o instalație nucleară ori de materialul nuclear provenit din, venind de la sau trimis spre o instalație nucleară; este rezultatul proprietăților radioactive ale unui astfel de material sau al unei combinații de proprietăți radioactive cu proprietăți toxice, explozive ori cu alte proprietăți periculoase ale unui astfel de material (art. 3 d).

¹ *accident nuclear* înseamnă orice fapt sau orice succesiune de fapte având aceeași origine, care cauzează o daună nucleară, iar cu privire la măsurile preventive, creează o amenințare gravă și iminentă de producere a unei astfel de daune (art. 3 a).

² *material nuclear* înseamnă: 1. orice combustibil nuclear, altul decât uraniul natural sau sărăcit, capabil să producă energie printr-o reacție în lanț de fisiune nucleară în afara unui reactor nuclear sau în combinație cu alte materiale; 2. orice produs sau deșeu radioactiv în acord cu limitele stabilite de Consiliul Guvernatorilor al Agenției Internaționale pentru Energia Atomică (art. 3 i).

³ *persoană* înseamnă orice persoană fizică, orice persoană juridică de drept public sau de drept privat, orice organizație internațională cu personalitate juridică în temeiul legii și orice stat sau orice subdiviziuni constitutive ale acestuia (art. 3 n).

❖ persoana fizică care a cauzat o daună nucleară printr-o acțiune sau omisiune săvârșită cu intenția de a cauza o daună nucleară și pentru care operatorul nu este răspunzător potrivit art. 5 alin.1 răspunde pentru dauna nucleară produsă (art. 5 alin.5);

❖ când mai multe instalații nucleare aparținând aceleiași operator sunt implicate într-un accident nuclear (sub rezerva prevederilor art. 4 alin.3) acel operator este răspunzător pentru fiecare instalație nucleară implicată, până la concurența cuantumului care îi este aplicabil potrivit art. 8 (art. 4 alin.5);

❖ dacă dauna nucleară este cauzată de un accident nuclear survenit într-o instalație nucleară și implică materiale nucleare stocate în vederea transportului acestora, dispozițiile art. 4 alin.1 a) nu se aplică dacă un alt operator ori o altă persoană este singura răspunzătoare în temeiul dispozițiilor art. 4 alin.1 b sau c (art. 4 alin.2);

❖ când o daună nucleară și o daună nenucleară sunt cauzate de un accident nuclear sau, conjugat, de un accident nuclear și de unul sau mai multe evenimente diferite, dauna nenucleară (în măsura în care nu poate fi separată cu certitudine de cea nucleară) este considerată (în sensul prezentei legi) ca o daună nucleară cauzată de accidentul nuclear (art. 5 alin.3);

❖ natura, forma și mărimea despăgubirilor, precum și repartitia echitabilă a acestora sunt stabilite de instanța competentă¹ (inclusiv în cazul în care accidentul nuclear a survenit în zona economică exclusivă a României) (art. 6 alin.1); dacă în acțiunile intentate împotriva operatorului daunele ce urmează să fie compensate depășesc sumele prevăzute la art. 8, în repartizarea despăgubirilor au prioritate cazurile de deces sau rănire produse prin accidentul nuclear sau ca urmare a acestuia (art. 6 alin.2);

Exonerarea de răspundere:

❖ instanța competentă poate să îl exonereze pe operator (în totalitate sau în parte) (de obligația reparării daunei suferite de o persoană) dacă operatorul face dovada că dauna nucleară a rezultat (în totalitate sau în parte) dintr-o neglijență gravă a persoanei care a suferit-o ori că acea persoană a acționat sau a omis să acționeze, cu intenția de a cauza o daună (art. 5 alin.1);

❖ operatorul este exonerat de răspundere dacă acesta face dovada că dauna nucleară este rezultatul direct al unor acte de conflict armat, război civil, insurecție sau ostilitate (art. 5 alin.2);

❖ operatorul nu răspunde pentru dauna nucleară cauzată instalației nucleare propriu-zise, oricărei alte instalații nucleare (inclusiv aflate în construcție) situată pe amplasamentul instalației propriu-zise, și nici pentru bunurile aflate pe amplasamentul acestei instalații nucleare, care sunt ori trebuie să fie utilizate în raport cu ea (art. 5 alin.4);

Sistemul de despăgubire a daunelor nucleare:

❖ răspunderea operatorului:

- este limitată (ca regulă) pentru fiecare accident nuclear la cel puțin echivalentul în lei a 300 mil. DST² (art. 8 alin.1); totuși, răspunderea operatorului poate fi limitată (cu aprobarea autorității naționale competente³) pentru fiecare accident nuclear la mai puțin de:

¹ instanța competentă este tribunalul în a cărui rază teritorială se află sediul principal al operatorului instalației nucleare (art. 3 h).

² DST (drepturi speciale de tragere) înseamnă unitatea de contabilitate definită de Fondul Monetar Internațional, utilizată de acesta pentru propriile tranzacții și operațiuni (art. 3 f).

³ autoritatea națională competentă este Comisia Națională pentru Controlul Activităților

✓ 300 mil. DST, dar nu mai puțin de echivalentul în lei a 150 mil. DST, cu condiția ca diferența până la minimum echivalentul în lei a 300 mil. DST să fie alocată de stat din fondurile publice în vederea acoperirii daunelor nucleare în condițiile respectivei legi (art. 8 alin.2);

✓ 150 mil. DST, dar nu mai puțin de echivalentul în lei a 75 mil. DST (pentru o perioadă de 10 ani de la data intrării în vigoare a respectivei legi), cu condiția ca diferența până la echivalentul în lei a 150 mil. DST să fie alocată de stat din fondurile publice în vederea acoperirii daunelor nucleare în condițiile respectivei legi (art. 8 alin.3);

- va fi, conform prevederilor art. 8 alin.1-2, (în cazul reactorilor de cercetare și al depozitelor de deșeuri radioactive¹ și de combustibil nuclear² ars) de minimum echivalentul în lei a 30 mil. DST, putând fi redusă (cu aprobarea autorității naționale competente) până la echivalentul în lei a 10 mil. DST, cu condiția ca diferența până la minimum echivalentul în lei a 30 mil. DST să fie alocată de stat din fondurile publice în vederea despăgubirii daunelor nucleare în condițiile respectivei legi (art. 8 alin.4);

- este limitată (în sensul art. 4 alin.3) la echivalentul în lei a 5 mil. DST (în cazul transportului de materiale nucleare) și 25 mil. DST (în cazul transportului de combustibil nuclear ce a fost utilizat într-un reactor nuclear³), conform art. 8 alin.5;

❖ prevederile art. 8 alin.1-6 vor fi menționate explicit în autorizația operatorului emisă potrivit Legii nr. 111/1996, republicată (art. 8 alin.7);

❖ despăgubirile legate de o daună nucleară, profitul și cheltuielile de judecată (profitul și cheltuielile de judecată nefiind incluse în prevederile art. 8 alin.1-5) stabilite de instanța competentă se exprimă în lei, cu respectarea prevederilor art. 8 (art. 9);

❖ persoanele care au suferit daune nucleare își vor invoca drepturile la despăgubire printr-o singură acțiune, fără a fi necesar să întreprindă demersuri separate legate de originea fondurilor destinate despăgubirii (art. 10);

Dreptul la acțiunea în regres:

❖ operatorul nu are drept la acțiune în regres decât: a) dacă un asemenea drept a fost prevăzut expres într-un contract scris; b) dacă accidentul nuclear rezultă dintr-o acțiune ori omisiune săvârșită cu intenția de a cauza o daună nucleară contra persoanei fizice care a acționat sau a omis să acționeze cu această intenție (art. 11 alin.1);

❖ dreptul la acțiune în regres se extinde asupra statului în măsura în care acesta a alocat fonduri publice, potrivit respectivei legi (art. 11 alin.2);

Stingerea dreptului la acțiunile în despăgubire:

❖ dreptul la despăgubire împotriva operatorului:

- se prescrie dacă o acțiune nu este intentată în decurs de: a) 30 de ani de la data producerii accidentului nuclear, dacă acțiunea este legată de deces sau rănire potrivit art. 3

Nucleare (art. 3 b).

¹ *deșeu radioactiv* înseamnă acele materiale rezultate din activitățile nucleare, pentru care nu s-a prevăzut nici o întrebuințare, care conțin sau sunt contaminate cu radionuclizi în concentrații superioare limitelor de exceptare (art. 3 e).

² *combustibil nuclear* înseamnă orice material sau orice ansamblu mecanic care conține materie primă sau material fisibil special destinat producerii de energie printr-o reacție în lanț de fisiune nucleară într-un reactor nuclear (art. 3 c).

³ *reactor nuclear* înseamnă orice structură conținând combustibil nuclear dispus astfel încât să se poată produce o reacție în lanț de fisiune nucleară, fără altă sursă de neutroni (art. 3 p).

lit. d) pct. 1; b) 10 ani de la data producerii accidentului nuclear, dacă acțiunea este legată de celelalte daune nucleare potrivit art. 3 lit. d) pct. 2-5 și 7 (art. 12 alin.1);

- se stinge dacă o acțiune nu este intentată pe parcursul unei perioade de 3 ani de la data la care victima daunei nucleare a cunoscut sau ar fi trebuit să cunoască dauna și identitatea operatorului responsabil de ea, fără ca termenele prevăzute la alin. (1) să fie depășite (art. 12 alin.2);

❖ orice persoană care a suferit o daună nucleară și a introdus o acțiune de despăgubire în termenele prevăzute la alin. (1) își poate modifica cererea (în sensul includerii oricărei agravări a daunei) chiar după expirarea acestor termene, atât timp cât o hotărâre definitivă și irevocabilă nu a fost pronunțată de instanța competentă (art. 12 alin.3);

Asigurări și garanții financiare:

❖ operatorul (inclusiv transportatorul de materiale nucleare) este obligat să încheie un contract de asigurare sau o garanție financiară care să îi acopere răspunderea civilă pentru daune nucleare și să dovedească autorității naționale competente existența acesteia, în vederea eliberării autorizației potrivit Legii nr. 111/1996, republicată (art. 13 alin.1);

❖ asigurătorul sau oricare alt garant financiar este obligat să notifice autoritățile naționale competente (cu cel puțin două luni înainte) orice suspendare sau anulare a asigurării ori a garanției financiare prevăzute la alin.1 (art. 13 alin.3).

4. Studiu de caz

La 17.03.1978, petrolierul „Amoco Cadiz”, încărcat cu 230.000 t. petrol din Orientul Mijlociu, se apropia de țărmul Franței îndreptându-se spre Le Havre; datorită vremii nefavorabile a eșuat pe țărmurile stâncoase din apropierea Breitaniei, producând o maree neagră de peste 2.000 km², ce a distrus (în zona afectată) cca. 30% din viața animală, 5% din cea vegetală și cca. 20.000 păsări (fiind considerat cel mai mare accident de acest fel, produs într-o perioadă potrivnică oricărei acțiuni de salvare).

Un val de proteste s-a ridicat (la acea vreme) împotriva „pavilioanelor de complezență”, „Amoco Cadiz” navigând sub pavilion liberian (cca. 1/3 din cele 3.600 nave, care transportau anual produse petroliere, aflându-se sub pavilion liberian sau panamez).

Inițial, s-a anunțat că va plăti despăgubiri (conform Convenției de la Bruxelles, din 1969) „Amoco International Oil Company”, dar odissea despăgubirilor va dura ani; victimele poluării, prevalându-se de dispozițiile Convenției, au depus cererile sub jurisdicție franceză, depășind plafonul de 77 mil. franci (cca. 450 mil. franci pentru prejudicierea mediului, cca. 400 mil. franci pentru pierderile din turism și cca. 140 mil. franci pentru pierderile din pescuit), sume pe care compania nu era dispusă să plătească¹.

„Amoco International Oil Company” (cu sediul la Chicago) și „Amoco Transport Company” (cu sediul în Liberia) erau (amândouă) filiale ale uneia din cele 8 mari companii petroliere din lume, „Standard Oil of Indiana”.

În 1984 Curtea Districtului de Nord Illinois s-a declarat competentă, procesul transformându-se într-o „luptă a hârtiilor”; au fost găsite responsabile cele două companii „Amoco International Oil Company” (pentru organizarea și efectuarea transportului) și „Standard Oil of Indiana” (proprietara vasului), dar s-a declarat apel la un tribunal din

¹ a se vedea și Alexandre Kiss, Jean Pierre Beurier, Droit international de l'environnement, deuxième édition, Pedone, Paris, 2000, pag. 389-392.

Chicago, totul durând mai mult de zece ani; în 1988 s-a hotărât să se plătească 85,2 mil. dolari despăgubiri pentru daunele produse de catastrofa lui „Amoco Cadiz” (costul operațiunilor de curățire, echipamentelor folosite, beneficiul nerealizat), neacordându-se despăgubiri pentru daunele „pur” ecologice pe motiv acestea erau incluse în beneficiul nerealizat (scăderea cantității de pește).

COMPETENȚA JURISDICȚIONALĂ A INSTANȚELOR ROMÂNE POTRIVIT PRINCIPIILOR GENERALE ALE LEGII NR.105/1992

NATHANIEL CORNOIU-JITĂRAȘU
doctorand in Drept internațional public

la Facultatea de Drept a Universitatii din Bucuresti

Abstract

World is a place of change and people are frequently moving from one country to another for various reasons and have relations which do not stop in front of the national borders.

The presence of an external element into a civil relationship, a commercial contract, a civil procedure act, a labour contract or other civil relations determines the application of a special legislation, namely the Private International Law of one state or another.

As any civilized and modern nation, Romania has its own Private International Law Code, enacted by Law no.105 of 22nd of September, 1992. Its application is generally made by the judges, who are called to offer legal solutions to the civil suits brought before them by the litigants.

When interpreting the law in a certain case, the judges have the duty to verify the legal competence of their office to apply the Romanian Private International Law and our study is a brief presentation of this topic in the light of the general principles of the Law no.105/1992.

Cuvinte-cheie

Dreptul internațional privat român, Legea nr.105/1992, principii generale, instanțe judecătorești, competență

Introducere

Inițiată de Guvern încă din 1990, Legea nr.105 din 22 septembrie 1992¹ cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat a fost votată de Senat pe 4 februarie 1991 și de Camera deputaților pe 7 septembrie 1992, fiind publicată în Monitorul Oficial al României nr.245 din 1 octombrie 1992; ea a intrat în vigoare pe 1 decembrie 1992 și este prima reglementare unitară a materiei date din țara noastră².

Anterior acestei legi, raporturile de drept internațional privat erau reglementate destul de sumar în Codul civil (art.2, art.885, art.1773 și art.1789), în Codul de procedură civilă (art.375) și chiar în Codul aerian din 1953 (art.10 și art.97)³.

¹Primele reflecții doctrinare pe marginea acestui act normativ au fost publicate de: Ion BĂCANU, Octavian CĂPĂȚÂNĂ, Savelly ZILBERSTEIN, *Legea nr.105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat* (Dreptul, nr.12/1992, p.31-36); Octavian CĂPĂȚÂNĂ, *Noul drept internațional privat român* (Revista de drept comercial, nr.5/1993, p.5-18).

² Savelly ZILBERSTEIN, *Procesul civil internațional. Normele de procedură din Legea nr.105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat* [(Lumina Lex, București, 1994, 183p.), p.3].

³ S.ZILBERSTEIN, op.cit., p.7.

Veritabil Cod de drept internațional privat român¹, legea din 1992 are 183 de articole, este structurată pe 13 capitole și este împărțită în trei părți:

- 1) art.1-10 conțin dispozițiile generale privind aplicarea prezentului act normativ²;
- 2) art.11-147 enumeră normele conflictuale de bază, adică acele reguli pe care instanțele de judecată sau alte autorități nejudiciare din România, după caz, sunt obligate să le aplice unui raport juridic complex, cu element de extraneitate și care reclamă incidența fie a legii române, fie a legii străine;
- 3) art.148-181 înglobează normele de procedură în materia Dreptului internațional privat, care își găsesc menirea în acele litigii în care cel puțin unul dintre justițiabili sau un alt element al raportului juridic dedus judecării este străin, dar și în situațiile în care se cere recunoașterea în țara noastră sau chiar executarea unei hotărâri judecătorești sau arbitrale pronunțate de către o instanță (în sens larg) din străinătate.

Departate de a fi o sumă a tuturor normelor juridice care reglementează condiția juridică a străinului în România și cu atât mai puțin cooperarea juridică internațională sau imunitatea de jurisdicție³ și de executare, Legea nr.105 se rezumă doar la materia dreptului internațional privat material și procesual, iar obiectul cercetării noastre îl constituie: *“Competența jurisdicțională a instanțelor române potrivit principiilor generale ale Legii nr.105/1992”*.

Capitolul întâi. Principii și concepte de bază

1.1. Raportul de drept internațional privat

Conform art.1 alin. (2), raportul juridic de drept internațional privat este acel raport civil, comercial, de muncă, de procedură civilă sau alt raport de drept privat care conține și un element de extraneitate.

1.2. Egalitatea în drepturi a străinilor cu cetățenii români

Fidel față de art.21 din Constituția României din 1991 (actualmente revizuită⁴), conform căruia: *“Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime”* și *“Nici o lege nu poate îngădi exercitarea acestui drept”*, legiuitorul român a consacrat în art.2 alin.(1) din Legea nr.105 din 1992 așa-numitul principiu al regimului național⁵ ca formă a condiției juridice a străinului⁶, adică deplina egalitate în fața legii române de drept internațional privat a străinilor cu

¹ S.ZILBERSTEIN, op.cit., p.5.

² În literatura de specialitate s-a vorbit de o așa-numită “dualitate” a normelor juridice aplicabile unui litigiu de drept internațional privat român: Radu Bogdan BOBEI, *Legea nr.105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de Drept internațional privat* [(Editura Rosetti, București, 2005, 208p.), p.7].

³ Despre această instituție, a se vedea: Ion P. FILIPESCU, Andrei I. FILIPESCU, *Tratat de drept internațional privat* [(ediție revăzută și adăugită, Universul juridic, București, 2007, 498p.), p.432-435].

⁴ Prin Legea nr.429 din 23 octombrie 2003 [(publicată în Monitorul Oficial al României nr.758 din 29 octombrie 2003), după aprobarea sa prin Referendumul național din 18-19 octombrie 2003].

⁵ I.P. FILIPESCU, A.I. FILIPESCU, op.cit., p.422 și nota de subsol nr.3.

⁶ R.B. BOBEI, op.cit., p.9.

cetățenii români, textul legii mergând chiar dincolo de simpla recunoaștere formală a acestui statut, prin folosirea sintagmei “**asimilare, în condițiile legii, în drepturi civile**”.

Observăm faptul că, în acest caz, legiuitorul a dat un înțeles mai larg noțiunii de “drepturi civile”, ea incluzând drepturile civile pure și drepturile procesual civile, pe de o parte, dar și obligațiile corespondente, pe de altă parte.

Aceasta este interpretarea justă pe care trebuie să o dăm art.2 alin.(1), deoarece un înțeles diferit ar conduce la **două consecințe inacceptabile**, și anume: fie străinii ar fi egali doar în drepturi civile cu cetățenii români, iar nu în ceea ce privește obligațiile civile (de care străinii, prin aparenta tăcere a textului legii speciale, ar părea că sunt scutiți), fie că străinii beneficiază de egalitate doar în privința drepturilor (și obligațiilor) civile pure, fără, însă, a se bucura de același tratament în legătură cu drepturile (și obligațiile) procesual civile.

Dorind fără îndoială să impulsioneze viața economică autohtonă, legislativul român a extins regimul egalității în drepturi și obligații civile și procesual civile și în beneficiul persoanelor juridice străine, potrivit art.2 alin.(2) din Legea nr.105.

1.3. Interpretarea legii speciale

Prin art.3 al Legii din 1992, unica autoritate legiuitoare a țării a stabilit că, în ipoteza în care identificarea legii aplicabile unui raport juridic de drept internațional privat român depinde de calificarea dată celui raport sau unei alte instituții de drept, singura calificare valabilă este cea oferită de legea română, conform principiului calificării *lex fori*¹.

De altfel, acest mecanism este nu numai realist, ci și foarte eficient: realist, fiindcă ar fi fost foarte greu, dacă nu chiar imposibil pentru judecătorul român să califice în mod corect un act sau fapt juridic în lumina unei legi străine, pe care nu este nicidecum obligat să o cunoască, și eficient, pentru că interpretarea aceluiași act sau fapt juridic are loc (sau cel puțin ar trebui să aibă loc) într-un timp mult mai scurt decât în primul caz și cu o precizie mult mai mare decât în cealaltă situație.

În plus, această soluție legislativă este în deplină armonie cu principiul general de drept procesual civil conform căruia calificarea unei acțiuni judiciare sau arbitrale se face potrivit legii instanței sesizate².

Capitolul al doilea. Normele procesuale generale

2.1. Retrimiteria din legea străină

Competența generală a instanțelor românești în materia raporturilor cu elemente de extraneitate este condiționată în art.3 al Legii nr.105 de existența trimiterii la norma română provenită de la o lege străină la rândul ei incidentă în cauză (în urma alegerii părților, spre pildă), cu excepția unei prevederi contrare.

Așadar, prin art.4 alin.(1), legiuitorul român a recunoscut valabilitatea acelei norme juridice străine de drept procesual internațional privat care conferă competența de judecată

¹ R.B. BOBEI, op.cit., p.10.

² Octavian CĂPĂȚĂNĂ, *Jurisprudența română de drept al comerțului exterior* (Revista română de studii internaționale, nr.2/1981, p.178), apud: S.ZILBERSTEIN, op.cit., p.11 și nota de subsol nr.10.

instanței române pentru un anume litigiu; aceasta este ipoteza unei retrimiteri de gradul întâi¹.

Această soluție este, fără discuție, o alegere înțeleaptă, din moment ce, în virtutea suveranității sale legislative², Parlamentul României a întărit autoritatea puterii judecătorești de la noi tocmai în situațiile în care aceasta este recunoscută a fi competentă în mod efectiv de către o lege străină.

De asemenea, puterea legislativă de la noi a exclus retrimiteria de gradul al doilea³, adică recunoașterea valabilității legii străine incidente într-o speță de drept procesual internațional român în ipoteza retrimiterii făcute de dreptul străin, către un alt drept național, după desemnarea drept aplicabilă de către legea română a primei legislații străine.

2.2. Aplicabilitatea legii federale străine

Uneori, este posibil ca într-un litigiu de drept internațional privat român să fie incidentă, datorită unei înțelegeri prealabile a părților⁴, legislația unui stat federal⁵ (Belgia, Elveția, Germania, S.U.A., Mexic etc.), iar în acel stat federal să coexiste mai multe sisteme legislative; pentru astfel de situații, legea română conferă autoritate acelei norme străine a statului federal care fixează ea însăși dispozițiile aplicabile speței deduse judecării.

2.3. Reciprocitatea

Acest principiu, care amintește de legislația existentă în secolul al-XIX-lea ce permitea în România, unui străin, exercițiul unui drept, doar în situația în care un cetățean român s-ar fi bucurat de același tratament în țara de origine a celui străin, și de care legiuitorul nostru pomeneste la art.6 al Legii nr.105/1992, este poate cea mai bună dovadă a faptului că aplicarea legii străine într-un litigiu de drept internațional privat român se face tocmai în temeiul alegerii libere a autorității noastre legiuitoare și nicidecum în considerația autorității statului care a edictat acea normă juridică⁶, statul străin în cauză neavând competența de a impune aplicarea legii sale pe teritoriul nostru, mai ales datorită existenței suveranității naționale.

Dorindu-se a fi o legislație modernă și evoluată, Legea din 1992 a îndepărtat în principiu condiția reciprocității, tocmai pentru a da o și mai mare efectivitate principiului egalității străinului cu cetățeanul român în fața legii române.

Totuși, reciprocitatea este cerută în unele materii și ipoteze, pe care Legea nr.105 nu le-a exclus, în acest sens instituind regula că reciprocitatea de fapt se prezumă relativ, adică până la proba contrară.

În practică, dovada existenței sau inexistenței reciprocității se face de către Ministerul Justiției, care trebuie să se consulte, conform art.6 alin.(2), cu Ministerul Afacerilor Externe.

¹ R.B. BOBEI, op.cit., p.12.

² R.B. BOBEI, op.cit., p.10.

³ R.B. BOBEI, op.cit., p.12.

⁴ S.ZILBERSTEIN, op.cit., p.11.

⁵ R.B. BOBEI, op.cit., p.13.

⁶ R.B. BOBEI, op.cit., p.13.

2.4. Proba conținutului legii străine

În articolul 7 al Legii privind reglementarea raporturilor de drept internațional privat sunt indicate mai multe modalități practice prin care poate fi probat conținutul unei legi străine incidente într-o cauză dedusă judecării unei instanțe române.

În conformitate cu principiul potrivit căruia: "*Iura novit curia.*" ("*Judecătorul cunoaște legea.*")¹, și care trebuie interpretat în sensul că instanța noastră este prezumată că stăpânește pe deplin doar legea română, autoritatea noastră legiuitoare a recurs la universal utilizatul argument de a asimila întrucâtva legea străină cu un fapt despre a cărui existență pot da relații în primul rând organele statului care au edictat acea lege, iar pe urmă chiar și experți autorizați ori fie și partea din litigiu care invocă beneficiul acelei legi străine.

În practică, obținerea informațiilor legate de dreptul străin se face conform procedurii instituite de art.27-28 ale Legii nr.189 din 13 mai 2003 privind asistența juridică internațională în materie civilă și comercială² (publicată în Monitorul Oficial al României nr.337 din 19 mai 2003).

Referitor la obligațiile procesuale ale părții care dorește aplicarea în favoarea sa a unui act normativ emis de un alt stat, trebuie subliniat faptul că instanța nu poate obliga, în opinia noastră, pe acel litigant să dovedească primul conținutul legii străine înainte de a recurge la celelalte mijloace de procurare a normei neromânești, iar aceasta pentru două motive: mai întâi, alin.(1) al art.7 din Legea nr.105, care arată modurile tipice de obținere de către instanță a conținutului legii străine este plasat înaintea alin.(2) al aceluiași articol, iar mai apoi, alin.(2) al art.7 conține regula conform căreia instanța **poate** îndatora partea care a invocat legea străină să furnizeze și conținutul ei.

Așadar, art.7 alin.(2) al Legii nr.105/1992 instituie o excepție și de la regula conform căreia acela care face o afirmație în fața instanței este obligat să o dovedească, obligația creată în sarcina părții care invocă legea străină devenind efectivă doar pe cale judecătorească și, considerăm noi, numai în măsura în care procurarea conținutului legii străine incidente în cauză nu a fost posibilă pe căile arătate de art.7 alin.(1) al aceleiași legi.

În sfârșit, alin.(3) al art.7 al Legii nr.105 furnizează o soluție și pentru ipoteza în care nici măcar partea care a invocat beneficiul legii străine nu a putut dovedi conținutul acesteia, celelalte încercări de a obține textul acelei legi fiind și ele infructuoase: pentru a nu crea premisele unei denegări de dreptate (care este interzisă de art.3 din Codul civil român), legiuitorul a ales calea cea mai logică cu putință, și anume a instituit regula aplicării legii române.

2.5. Interdicția aplicării legii străine

Prin prevederile art.8 din Legea nr.105/1992, legiuitorul român a interzis aplicarea legii străine în două cazuri: dacă legea străină ar duce prin urmarea prescripțiilor ei la încălcarea ordinii publice de drept internațional privat român [conform art.8 alin.(1) lit.a)] și în situația în care legea străină a devenit competentă prin fraudă [potrivit art.8 alin.(1) lit.b)].

Așa cum s-a arătat în doctrină³, sarcina de a da eficiență art.8 al Legii nr.105 revine instanței de judecată sau celei arbitrale, care trebuie să verifice în mod concret absența

¹ R.B. BOBEI, op.cit., p.14.

² R.B. BOBEI, op.cit., p.15.

³ R.B. BOBEI, op.cit., p.15.

celor două ipoteze enumerate de alin.(1) lit. a)-b) din cauza dedusă judecății, cu mențiunea că **simpla diferență** dintre soluția promovată de legea străină și cea oferită de legea română nu atrage incidența art.8 alin.(1) lit.a), care sancționează cu îndepărtarea legii străine doar atunci când aceasta permite **un rezultat opus** ordinii publice speciale din România.

La fel ca și în cazul reglementat de art.7 alin.(3), pentru a se evita riscul iminent al unei denegări de dreptate, dar mai ales pentru a elimina vidul creat de înlăturarea de la aplicare a legii străine, art.8 alin.(2) conține prevederea conform căreia legea aplicabilă în ipotezele acoperite de art.8 alin.(1) este legea română.

2.6. Conservarea drepturilor dobândite în străinătate

În art.9 al Legii nr.105/1992, legiuitorul român a edictat norma potrivit căreia drepturile câștigate în străinătate sunt respectate în țara noastră.

Excepția de la această regulă o constituie ipoteza în care drepturile a căror respectare ar fi reclamată în România sunt contrare ordinii publice de drept internațional privat român, această înlăturare a efectelor unei legi străine fiind un corolar al interdicției instituite de art.8 alin.(1) lit.a)-b)¹.

2.7. Neaplicarea normelor de drept comun

Așa cum s-a observat în literatura de specialitate², Legea nr.105 din 1992 reprezintă dreptul comun în materia reglementării raporturilor de drept internațional privat, iar cea mai bună dovadă în acest sens este chiar art.10 al legii cu pricina, care autorizează aplicarea legii din 1992 doar în acele litigii în care nu sunt incidente prevederi ale unor convenții internaționale la care România este parte și care conțin la rândul lor reglementări diferite de Legea nr.105.

În loc de concluzii

Este cum nu se poate mai îmbucurător faptul de a ști că forma inițială a Legii nr.105/1992 a fost redactată în deplină concordanță cu alte norme similare din Europa³: legea cehoslovacă din 1963, Codul civil din Portugalia (1966), legea austriacă din 1978, legea iugoslavă din 1982, legile corespondente din Germania (1986) și din Elveția (1989).

Totuși, nu trebuie pierdută din vedere împrejurarea că momentul adoptării legii a fost unul relativ apropiat de 1989, pe de o parte, iar ca orice normă juridică menită să reglementeze relații sociale aflate într-o continuă transformare și evoluție, această lege trebuie să țină seama de nevoile imperative ale societății românești de la începutul mileniului al-III-lea creștin, societate aflată la rândul ei în plin proces de integrare în puternicul curent al globalizării, pe de altă parte.

Luând în considerare și recenta aderare a țării noastre la Uniunea Europeană, este de la sine înțeles că îmbunătățirile viitoare ale actului normativ studiat vor trebui adoptate în considerația statutului României de stat european modern și în deplină concordanță cu angajamentele internaționale relevante ale Statului Român.

¹ R.B. BOBEI, op.cit., p.18.

² R.B. BOBEI, op.cit., p.18.

³ S.ZILBERSTEIN, op.cit., p.8-9.

BIBLIOGRAFIE

Ion BĂCANU, Octavian CĂPĂȚĂNĂ, Savelly ZILBERSTEIN, *Legea nr.105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat* (Dreptul, nr.12/1992, p.31-36).

Radu Bogdan BOBEI, *Legea nr.105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de Drept internațional privat* (Editura Rosetti, București, 2005, 208p.).

Octavian CĂPĂȚĂNĂ, *Noul drept internațional privat român* (Revista de drept comercial, nr.5/1993, p.5-18).

Ion P. FILIPESCU, Andrei I. FILIPESCU, *Tratat de drept internațional privat* (ediție revăzută și adăugită, Universul juridic, București, 2007, 498p.).

Savelly ZILBERSTEIN, *Procesul civil internațional. Normele de procedură din Legea nr.105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat* (Lumina Lex, București, 1994, 183p.).

CLARIFYING COMMON INTENTION AND INTERPRETING S34: SHOULD THERE BE A THRESHOLD OF BLAMEWORTHINESS FOR THE DEATH PENALTY?

KUMARALINGAM AMIRTHALINGAM*

Lee Chez Kee v Public Prosecutor

In criminal cases ... we think that the accused party ought always to have the advantage of a doubt on a point of law, if doubt be entertained by the highest judicial authority, as well as a doubt on a matter of fact.¹

Lord Macaulay

Introduction

There are several ways in which the criminal law deals with secondary criminal liability. In Singapore, the principal mechanisms include common intention (Penal Code (Cap 224, 1985 Rev Ed) s34), abetment (ss107-113), common object (s149) gang robbery with murder (s396) and armed offences (Arms Offences Act s5). Section 34 has been the most controversial due to its frequent use in murder charges and the unsatisfactory interpretation of the provision. Section 34 provides as follows:

When a criminal act is done by several persons, in furtherance of the common intention of all, each of such persons is liable for that act in the same manner as if the act were done by him alone.

The common law equivalent is found in the doctrine of common purpose or joint enterprise.² The objective of these doctrines is to deal with situations where more than one person engages in a criminal activity and it cannot be shown exactly what each person did. To overcome this evidential hurdle, s34 provides that criminal liability will be imputed equally to all participants where it can be proved that the parties acted with a common intention. Thus, if four people assault a victim with the common intention of killing the victim, each of the four will be guilty of murder even if it cannot be proved which of them landed the fatal blow. This is relatively uncontroversial, as it is clear that each of them had the requisite mental state and had participated in the commission of the actual crime.

Potential problems arise when s34 is used in what is often described as “twin crime” situations. For example, two individuals, A and B, jointly commit robbery (the primary crime), and A goes on to commit murder (the secondary crime) in the course of committing the primary crime. In such a scenario, the prosecution will typically rely on s34, read with s302, to charge B with murder. Unlike the earlier example, described in the preceding paragraph, here there is ambiguity with respect to the accused’s mens rea and actus reus in

* LLB (Hons), PhD (Australian National University); Professor, Faculty of Law, National University of Singapore; Director, Asian Law Institute. This paper was originally published in the Singapore Journal of Legal Studies (K Amirthalingam, “Clarifying Common Intention and Interpreting s34: Should there be a Minimum Threshold of Blameworthiness for the Death Penalty?” [2008] SJLS 435). Copyright remains with the author.

¹ A Letter from the Indian Law Commissioners, 2 May 1837. See CD Dharker (ed), *Lord Macaulay’s Legislative Minutes* (London: Oxford University Press, 1946) 259.

² See generally, *R v Smith* [1963] 1 WLR 1200; *R v Powell* [1999] 1 AC 1; *R v Rahman and Others* [2008] UKHL 45; *McAuliffe v The Queen* (1995) 183 CLR 108; *Gillard v The Queen* (2003) 219 CLR 1; *Clayton v R* [2006] HCA 58.

relation to the secondary crime. As s34 is silent on the actus reus and mens rea requirements, courts have been forced to try and work out exactly what is required. In terms of actus reus, need B have participated in the primary crime only or both the primary and secondary crime? Is B's presence required at either or both crimes? In terms of mens rea, does B need to share A's intention with respect to the secondary crime, or is it sufficient if B foresees the possibility of the secondary crime; or can criminal liability be strict as long as the secondary crime was in furtherance of the primary crime?

Ten years ago, Michael Hor undertook a comprehensive analysis of Singapore's s34 jurisprudence and highlighted the total disarray in this area: the actus reus requirements have ranged from mere participation in the primary offence to actual presence at the secondary offence, and the mens rea requirements have ranged from strict liability to actual intention.¹ Where s34 is used in the context of a murder charge, which in Singapore carries the mandatory death sentence, the magnitude of this problem and the potential injustice of the law are glaringly obvious.² The Court of Appeal in *Lee Chez Kee v PP*³ acknowledged this unhappy state of affairs and undertook a comprehensive review of the jurisprudence surrounding s34 before stating the law for Singapore.

The facts and issues in Lee Chez Kee

The *Lee* prosecution arose out of a crime that was committed fifteen years ago when the accused and two others robbed and killed a victim. The accused had evaded the authorities until his capture in 2006. The other two individuals, Too Yin Sheong and Ng Chek Siong were charged with murder and robbery respectively.⁴ Briefly, the facts were that Too, Ng and Lee had gone to the victim's house with the intention of robbing him. In the course of the robbery, the victim was violently assaulted, stabbed and strangled. The cause of death was asphyxiation, and the evidence suggested that it had been Too who had strangled the victim. The two critical issues at appeal related first, to the admissibility in evidence of statements made pursuant to s378(1)(b)(i) of the Criminal Procedure Code (Cap 68, 1985 Rev Ed) by Too Yin Sheong (now deceased) during investigations prior to his trial and secondly, to the proper interpretation of s34.

Section 378 set out the grounds on which out-of-court statements, ordinarily inadmissible, could be admitted. Section 378(b)(i) provided that such statements were admissible, inter alia, if the person were dead. However, s378 was qualified by s377, which provided that any statements admitted under s378 must first be admissible under existing evidence laws. Section 30 of the Evidence Act (Cap 97, 1997 Rev Ed) clearly precluded such evidence because Too's statement was by way of confession and s30 provided that such confessions could only be used against co-accused if the parties were tried jointly; in this case the parties were not tried jointly. As such, s378(1)(b)(i) was subject to s30. The court, comprising Rajah JA, Choo Han Teck and Woo Bih Li JJ, decided by majority (Woo J dissenting) that Too's confessional statement implicating Lee

¹ M Hor, "Common Intention and the Enterprise of Constructing Criminal Liability" [1999] Singapore Journal of Legal Studies 494.

² Rajah JA seemed to have a more sanguine view that no injustice had in fact occurred over the years of confused application of s34 (*Lee* at para 221) while Choo J clearly had concerns and refused to confirm the death penalty in this case.

³ [2008] 3 SLR 447.

⁴ *PP v Too Ying Sheong* [1998] SGHC 286.

should not have been admitted.¹ The court, by a differently constituted majority (Choo J dissenting), upheld the trial judge's decision and confirmed the death penalty sentence. This paper deals mainly with the s34 issue and does not comment on the evidence issue.²

Criminal culpability and section 34

At the end of a comprehensive judgment, Rajah JA summarised the proper approach to s34.³ In a nutshell, the four elements of s34 were "(a) a criminal act; (b) participation in the doing of the act; (c) a common intention between the parties; and (d) an act done in furtherance of the common intention of the parties."⁴ With respect to the element of participation, there were two critical questions. First, did the accused have to be present at the scene of the crime, and secondly, in twin crime situations, did the accused have to be present and participating in the secondary crime. According to *PP v Gerardine Andrew*,⁵ criminal liability under s34 required presence by the accused at the scene of the crime, and in twin crime situations, the accused had to be present at the scene of the secondary offence.

Rajah JA held that *Gerardine Andrew* was wrongly decided, and affirmed that all that was required was participation and not presence, although presence could be evidence of participation.⁶ Further, in twin crime situations, there was no need for participation in the secondary crime, as long as the accused had participated in the primary crime. In coming to this conclusion, Rajah JA said, "It should be a question of fact in each case whether the accused had participated to a sufficient degree such that he is *deemed to be as blameworthy* as the primary offender."⁷ This statement about relative blameworthiness raises a crucial question about proportionality in terms of criminal labelling and punishment, which will be dealt with below.

The more contentious issue surrounding s34 is the mental state of the accused in twin crime situations. This has ranged from full intention to strict liability; *Lee* has now authoritatively stated that the mental element for s34 is *subjective knowledge of the likelihood* that the primary offender may commit the secondary offence.⁸ Early authorities in Singapore suggested that nothing less than intention with respect to the secondary crime was required.⁹ In *R v Vincent Banka*,¹⁰ a case involving a robbery-murder, it was held that the accused had to have had the common intention not just for the primary crime of robbery but for the secondary crime of murder as well. As there was no evidence of a common intention to murder, the accused were convicted of robbery and acquitted of murder. This clear authority was then confused by a misreading of *Wong Mimi v PP*.¹¹

¹ Woo J disagreed with the Rajah JA's analysis and preferred the approach taken by the trial judge.

² For discussion of the evidence issue, see Tay Eu-yen, *Lee Chez Kee v PP: Murder Beyond Reasonable Doubt?* (October 2008) *The Singapore Law Gazette* 9.

³ Both Choo and Woo JJ agreed with Rajah JA's analysis and conclusion on the proper interpretation of s34.

⁴ *Lee* at para. [253].

⁵ [1998] 3 SLR 736.

⁶ *Lee* at paras. [146-147].

⁷ *Lee* at para. [146] (emphasis added).

⁸ *Lee* at para. [253].

⁹ *R v Vincent Banka* [1936] MLJ 53; *R v Chhui Yi* [1936] MLJ 142.

¹⁰ [1936] *Malayan Law Journal* 53.

¹¹ [1972-1974] SLR 73.

Mimi Wong is generally referred to as authority for the proposition that the mental element required of the accused with respect to the secondary crime is subjective knowledge.¹ In fact, *Mimi Wong* stands for no such proposition. Wee CJ stated:

The intention that is an ingredient of the offence constituted by the criminal act is the *intention of the actual doer* and must be distinguished from the common intention of the doer and his confederates. It may be identical with the common intention or it may not. Where it is not identical with the common intention, it must nevertheless be consistent with the carrying out of the common intention, *otherwise the criminal act done by the actual doer would not be in furtherance of the common intention*. Thus if A and B form a common intention to cause injury to C with a knife and A holds C while B stabs C deliberately in the region of the heart and the stab wound is sufficient in the ordinary course of nature to cause death, B is clearly guilty of murder. Applying s 34 it is also clear that B's act in stabbing C is in furtherance of the common intention to cause injury to C with a knife because B's act is clearly consistent with the carrying out of that common intention and as their 'criminal act', ie that unity of criminal behaviour, resulted in the criminal offence of murder punishable under s 302. A is also guilty of murder.²

Mimi Wong merely explains when the secondary crime will be found to be in furtherance of the common intention, while *Vincent Banka* sets out the requisite mental state for s34. The example given in the above passage reinforces this. The misreading of *Mimi Wong* is so entrenched that even the headnote in the revised Singapore Law Reports blatantly rewrites the critical passage in the judgment by simply substituting the "actual doer" with the "accused person".

In a criminal prosecution under s 34 of the Penal Code, the *accused person's intention* has to be considered. The *accused person's intention* has to be distinguished from the common intention of the doer and his confederates. It may be identical with the common intention or it may not. Where it is not identical with the common intention, it has to be consistent with the carrying out of the common intention. Otherwise the criminal act done by the actual doer would not be in furtherance of the common intention.³

The problem with s34 is that it suffered from unnecessary intrusion from the common law, both in terms of the 1870 amendment and subsequent interpretation.⁴ The common law doctrine of common purpose in the mid-nineteenth century was based on strict liability whenever the criminal act was in furtherance of the common intention of the group. Where the criminal act was not in furtherance of the common intention, then some form of mental element was required to link the accused to the crime. This is explicit in the statement by Peacock CJ, in one of the judgments which is said to have influenced the

¹ Lee at para. [236] per Rajah JA: "As our analysis above in relation to the *Mimi Wong* approach shows, the additional *mens rea* required is that of a subjective knowledge on the part of the secondary offender in relation to the collateral offence likely happening."

² [1972-1974] SLR 73 at 80 (emphasis added).

³ [1972-1974] SLR 73.

⁴ Macaulay had a simple prescription for this type of unwarranted misconstruction of the Penal Code: "In some cases it will be found that the law is already sufficiently clear and that the misconstruction which has taken place is to be attributed to weakness, carelessness, wrong-headedness or corruption on the part of an individual, and is not likely to occur again." CD Dharker (ed), *Lord Macaulay's Legislative Minutes* (London: Oxford University Press, 1946) 266.

Indian Law Commissioners to add the phrase “in furtherance of the common intention of all” to s34. In *The Queen v Gorachand Gope*¹ Peacock CJ stated:

[W]hen several persons are in company together engaged in one common purpose, lawful or unlawful, and one of them, without the knowledge or consent of the others commits an offence, the others will not be involved in the guilt, *unless the act done was in some manner in furtherance of the common intention.*

Rajah JA’s reading of this passage as supporting a general requirement of subjective knowledge is, with respect, straining the ordinary meaning of this passage;² nevertheless, given the state of s34 prior to *Lee*, Rajah JA’s interpretation is a welcome one. Section 34 has too frequently been relied on by the prosecution to secure convictions on an objective liability or strict liability standard.³ Considering its use in conjunction with s302, which results in the mandatory death penalty, nobody would quarrel with an interpretation that requires a subjective fault element. The only question is whether *Lee* went far enough.

It should be recalled that when the Indian Penal Code was enacted in 1861, s34 did not contain the phrase “in furtherance of the common intention of all” and simply read, “When a criminal act is done by several persons, each of such persons is liable for that act in the same manner as if the act were done by him alone.” It was a simple general principle setting out vicarious responsibility for the act, not criminal liability for the act. Criminal liability still depended on proving the requisite mental element, which on one view was set out in s35.⁴ Section 35 arguably required an accused charged pursuant to s34 to possess the mental element necessary for the secondary crime. Rajah JA acknowledges this and cites several authorities in support of this view,⁵ but then rejects this view by stating, “I think somewhere along the way, s34 gained dominance over s35 in laying down the common law doctrine of common purpose in the Penal Code, ...”⁶

It is significant that, in the common law, the early conception of common purpose envisaged strict or objective liability.⁷ Thus, the recent shift toward subjective foreseeability is in line with the general trend in criminal law toward subjective fault and individual responsibility.⁸ With respect to the Penal Code, arguably s34, as borne out by its

¹ (1866) Bengal Law Reports supp 443 at 456.

² *Lee* at para. [211].

³ See for example, *PP v Tan Lay Heong* [1996] 2 SLR 150; *Too Yin Sheong* [1998] SGHC 286; *Asogan Ramesh v PP* [1998] 1 SLR 286.

⁴ Section 35, with apparent reference to s34, states, “Whenever an act, which is criminal only be reason of its being done with a criminal knowledge or intention, is done by several persons, each of such persons who joins in the act with such knowledge or intention, is liable for the act in the same manner as if the act were done by him alone with that knowledge or intention.” See M Hor “Common Intention and the Enterprise of Constructing Criminal Liability” [1999] Singapore Journal of Legal Studies 494 at 508-509.

⁵ *Lee* at paras. [213-214].

⁶ *Lee* at para. [214].

⁷ *R v Bowen* (1841) Car & M 149; 174 ER 448; *R v Betts and Ridley* (1930) 144 LT 526; 22 Cr App R 148. See generally, KJM Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity* (Oxford: Clarendon Press, 1991) at 209-214.

⁸ *McAuliffe v R* (1995) 183 CLR 108 at para. [13]: “Initially the test of what fell within the scope of the common purpose was determined objectively so that liability was imposed for other crimes committed as a consequence of the commission of the crime which was the primary object of the criminal venture, whether or not those other crimes were contemplated by the parties to that

original incarnation, early Singapore authorities¹ and the preponderance of Indian jurisprudence² set the standard at actual intention. The shift to subjective knowledge of the likelihood of the secondary crime being committed is a dilution of the fault element, at least in theory. In practice, given that the Singapore jurisprudence had embraced an interpretation of s34 that imposed strict liability, the *Lee* formulation is obviously an improvement to the status quo.

Separately, and more importantly, *Lee* sets the mental element for s34 at knowledge of likelihood, as opposed to the common law standard of foresight or contemplation of possibility. Knowledge of likelihood is a slightly more stringent standard compared to foresight or contemplation of likelihood. With the former, it must be proved that the accused actually knew that the principal was likely to commit the secondary crime. Foreseeability on the other hand can be based on something less than knowledge, as one can foresee events even when one does not actually know all the facts. An individual is more culpable in the case where he or she had specific evidence of another's likelihood to murder than in the case where the evidence was more ambiguous and a debatable inference had to be drawn. Thus, foreseeability is one step removed from knowledge and has a lower threshold of culpability.³

For example, A and B jointly commit robbery, during the course of which B draws a gun and shoots someone dead. A knows that B is carrying a gun; under the common law test of foresight of possibility, it is arguable that A foresaw the possibility that B would kill someone. Under the *Lee* knowledge of likelihood test, absent any further evidence to suggest that A actually knew that B was likely to kill, the prosecution would not have satisfied the mens rea requirement.⁴ While Rajah JA observed that a subjective knowledge approach would bring Singapore in line with the approach adopted in the United Kingdom

venture. However, in accordance with the emphasis which the law now places upon the actual state of mind of an accused person, the test has become a subjective one and the scope of the common purpose is to be determined by what was contemplated by the parties sharing that purpose.”

¹ *R v Vincent Banka* [1936] MLJ 53; *R v Chhui Yi* [1936] MLJ 142.

² As observed by Rajah JA, the Indian Supreme Court has consistently required actual intention as the relevant mens rea for s34, although there have been inconsistent decision at lower levels (*Lee* at para. [185]). The rationale for insisting on intention is clearly explained in *Dharam Pal and Others v State of Haryana* 1978 AIR 1492 at para. [15]: “There is no law to our knowledge which lays down that a person accompanying the principal culprit shares his intention in respect of every act which the latter might eventually commit. ... the companion or companions cannot justifiably be held guilty for every offence committed by the principal offender. As already stated, there is no evidence to justify the conclusion that [the appellants] shared the common intention with [the principal] to commit the murder of [the deceased] or to make an attempt on the life of [the victim] and that the said acts were committed by [the principal] in furtherance of the common intention of all the appellants. ... As pointed out above, the common intention to commit an offence graver than the one originally designed may develop during the execution of the original plan eg. during the progress of an attack on the person who is intended to be beaten but the evidence in that behalf should be clear and cogent for suspicion, however strong, cannot take place of the proof which is essential to bring home the offence to the accused.”

³ I would like to acknowledge Andrew Gleeson of the Philosophy Discipline, Adelaide University for helping clarify this point through an email exchange.

⁴ See G Williams, *Textbook of Criminal law* (London: Stevens & Sons, 1978) 300 who makes a similar point.

and Australia, the *Lee* test is clearly set at a higher level than that adopted in the latter two jurisdictions.¹ In view of the mandatory death penalty, it is suggested that this distinction be adhered to and the higher test of knowledge be adopted in preference to the foreseeability test applied in the United Kingdom and Australia.

Relative blameworthiness and the mandatory death penalty

Assuming that it is indeed too late in the day to divorce s34 from the common law concept of common purpose,² the question is whether Singapore should adopt subjective knowledge or something more as the requisite mental element. There are a number of ways in which the arguments can be framed. One is based on a contextual analysis of s34 by locating it within the web of provisions dealing with complicity;³ another is based on a historical analysis of s34;⁴ and a third is based on normative arguments, grounded in the assumption that nothing less than intention or its moral equivalent is defensible in the Singapore context, where s34 is often used to prosecute offences which carry the mandatory death penalty.

The difficulty with a historical analysis of s34 is in determining the legislative intent behind particular provisions.⁵ The Indian Penal Code was over a quarter of a century in the making from Macaulay's commission in 1833 to the Code's enactment in 1861. Although Macaulay's original draft was hailed as a triumph in codification, it was received with considerable hostility by English judges sitting in Indian courts, who were wedded to the common law of England. The Indian Law Commissioners who were tasked with finalizing Macaulay's draft included some of these very English judges,⁶ who not surprisingly were influenced both by English common law and the criminal law reform activity then going on in England.⁷

¹ This argument is further supported by Rajah JA's equation of the subjective knowledge test with the "probable consequence" test in s111 (*Lee* at para. [242]), which is much narrower than the common law's foresight of possibility test.

² On this point, one should note that a leading local scholar had argued that the unhappy pre-*Lee* interpretation of s34 had taken such deep roots in Singapore that it was too late to remedy the defect: M Sornarajah, "Common Intention and Murder under the Penal Codes" [1995] Singapore Journal of Legal Studies 29 at 31. To this, Rajah JA adopted a robust view, emphasizing the constitutional role of the Court of Appeal in correcting erroneous interpretations, regardless of pedigree. *Lee* at para. [122] per Rajah JA: "This court which stands at the apex of the judicial system of Singapore ... is constitutionally charged with the responsibility of departing from any existing interpretation if such interpretation no longer assumes the currency of accuracy or correctness."

³ See M Hor, "Common Intention and the Enterprise of Constructing Criminal Liability" [1999] Singapore Journal of Legal Studies 494.

⁴ See *Lee* at paras. [188]-[212].

⁵ Rajah JA himself acknowledged the futility of the enterprise, when he said, "... whatever Lord Macaulay's original intentions were when he drafted the Indian Penal Code, these were evidently papered over when the final Penal Code was enacted in 1860 because, by that time, he had passed away." (*Lee* at para. [191].

⁶ See *Lee* at paras. [192, 193, 209, 237].

⁷ See generally, D Skuy, "Macaulay and the Indian Penal Code of 1862: The Myth of the Inherent Superiority and Modernity of the English Legal System Compared to India's legal System in the Nineteenth Century (1998) 32 Modern Asian Studies 513.

It is suggested here that a historical analysis, while of academic interest, is not conclusive in determining the scope of s34. One needs to bear in mind that the original s34 did not include the phrase “in furtherance of the common intention of all.” That was a common law technique to extend the scope of liability for common purpose while maintaining some limits on the reach of the extended doctrine. The focus was on the connection between the primary and secondary crimes, rather than on the basis of the accused’s personal proximity to the secondary crime in terms of *actus reus* and *mens rea*. This development may have been necessary in the common law, as the law on accessorial liability was too narrow to adequately deal with criminal liability in the classic twin crime situations.¹ The Penal Code however had expressly provided for such contingencies in ss111 and 113;² this raises the question as to whether normatively, the extended interpretation of s34 is defensible.

In a recent article, Andrew Simester set out the normative arguments for secondary liability and justified why the mental element for common purpose or joint enterprise could be based on mere foresight of possibility rather than the higher mental element requirements for all other forms of complicity.³ Rajah JA quoted with approval Simester’s justification for this lower mental state for common purpose:

Joint enterprise doctrines come into their own, however, in respect of offences incidental to the common purpose. By forming a joint enterprise, S [the secondary offender] signs up to its goal. In so doing, she accepts responsibility for the wrongs perpetrated in realising that goal, even though they be done by someone else. Her joining with P [the primary offender] in a common purpose means that she is no longer fully in command of *how* the purpose is achieved. Given that P is an autonomous agent, S cannot control the precise manner in which P acts. Yet her commitment to the common purpose implies an acceptance of the choices and actions that are taken by P in the course of realising that purpose. Her responsibility for incidental offences is not unlimited: S cannot be said to accept the risk of wrongs by P that she does not foresee, or which depart radically from their shared enterprise, and joint enterprise liability rightly does not extend to such cases. *Within these limitations, however, the execution of the common purpose – including its foreseen attendant risks – is a package deal. Just as risks attend the pursuit of the common purpose, an assumption of those risks flows from S’s subscription to that purpose.*⁴

¹ Secondary liability, with the exception of joint enterprise, required actual intention or knowledge of the essential elements of the actual crime that was committed. See generally, A Simester, “The Mental Element in Complicity” (2006) 122 Law Quarterly Review 578.

² Section 111 provides, “When an act is abetted and a different act is done, the abettor is liable for the act done, in the same manner, and to the same extent, as if he had directly abetted it: Provided the act done was a probable consequence of the abetment, and was committed under the influence of the instigation, or with the aid or in pursuance of the conspiracy which constituted the abetment.” Section 113 provides, “When an act is abetted with the intention on the part of the abettor of causing a particular effect, and an act for which the abettor is liable in consequence of the abetment causes a different effect from that intended by the abettor, the abettor is liable for the effect caused, in the same manner, and to the same extent, as if he had abetted the act with the intention of causing that effect, provided he knew that the act abetted was likely to cause that effect.”

³ A Simester, “The Mental Element in Complicity” (2006) 122 Law Quarterly Review 578.

⁴ Lee at para. [250] (emphasis by Rajah JA).

Referring to Simester's illustration, while it may be accepted that S may well be tainted with criminal culpability with respect to the secondary offence, will it always be the case that regardless of the particular circumstance of S, P and the nature of the primary offence, that S has crossed the moral blameworthiness threshold for the secondary offence? Take for example, an eighteen year-old girl who is infatuated with a thirty year-old man, and joins him in stealing a few packets of cigarettes from a local store. The man ends up stabbing the store keeper to death. The girl, upon being questioned by police, admits that she knew her boyfriend was a violent sort and that he often carried a knife. Upon further questioning, she concedes that it had occurred to her as a possibility that her boyfriend could get violent and use the knife on the storekeeper to intimidate or injure him, although she never contemplated that he would kill anyone. On these facts, the girl would be found to have foreseen as a possibility that the principal offender was likely to inflict an injury sufficient in the ordinary course of nature to result in death. She would be guilty of murder under s302 read with s34 and a judge would have no choice but to sentence her to death.

This example illustrates the significance of relative blameworthiness,¹ which is particularly crucial in jurisdictions with mandatory sentences, especially the mandatory death penalty. To rely on prosecutorial discretion to avoid the potential injustice of the mandatory death penalty is wholly inadequate. The argument that group criminal activity is inherently more dangerous due to the higher potential for escalation is less convincing when one takes a realistic appraisal of many common intention scenarios. The heightened group threat argument is pertinent in cases of rioting, mass anti-social movements, violent robbery and so on, all of which are more than adequately covered by other provisions.² Many of the s34 murder prosecutions involve two or three persons, often with the participant being a less than willing participant. It should be borne in mind that the participant will always be guilty of the primary offence, which in itself will carry a punishment; the accused does not walk free, which answers the need for deterrence and retribution. The question is: Is it justifiable to impose the mandatory death penalty in all twin crime murder cases?

The real problem of course is the mandatory death penalty, but as long as that is on the books, it is incumbent on courts to bear that in mind when interpreting penal provisions that could result in the mandatory death penalty. Rajah JA clearly had this vexed problem on his mind when he stated in the very first paragraph setting out the issues on appeal:

The appellant has, in the present appeal, appealed against the trial judge's decision on *both* conviction and sentence. However, as the sentence of death is a mandatory one in relation to the charge, and the appellant has not challenged, for example, the constitutionality of the *mandatory* death sentence, the outcome in the present proceedings, in effect, rests entirely on the result of the appeal against his conviction.³

If this is to be read as an invitation for the constitutionality of the *mandatory* death penalty to be challenged, the significance of *Lee* is doubled.⁴ While Rajah JA's subjective

¹ This was one of the considerations that compelled Kirby J to dissent in *Clayton v R* [2006] HCA 58, an Australian High Court decision on common purpose, and require a higher form of mens rea for extended common purpose. In Kirby J's view it was necessary "to restore greater concurrence between moral culpability and criminal responsibility..." (*Clayton* at para. [41]).

² Penal Code ss149, s 396, Arms Offences Act s5.

³ *Lee* at para. [43] (emphasis in original).

⁴ Rajah JA has on another recent occasion stressed the constitutional role of the court in

knowledge interpretation of s34 is welcome, as it is a vast improvement from the earlier situation where accused persons had been hanged on the strength of a strict liability-based murder charge relying on ss34 and 302, it is suggested that *Lee* does not go far enough. In so far as s34 can be used for criminal charges that could result in the mandatory death penalty, the courts should require nothing less than intention to commit the secondary offence, or at least the moral equivalent thereof.¹ Given that s34 is a general provision, this interpretation cuts across the board for all s34 prosecutions. If this sets the bar too high for the prosecution with respect to less serious crimes, then it is for the legislature to intervene. The court should not allow an interpretation of s34 that allows individuals to be sent to the gallows in cases where their criminal culpability does not cross the threshold of blameworthiness to justify this most severe – and constitutionally troubling – punishment.

Finally, it should be noted that Choo J, although agreeing with Rajah JA on the legal issues, dissented on the final disposition of the case. Choo J held that the accused should have been retried and that it would have been manifestly unjust to confirm the death penalty for two reasons. First, the court had held by majority that the statements of Too had been wrongly admitted and there was a real risk that the trial judge's views would have been influenced by those statements. Secondly, the court had unanimously reinterpreted s34 as requiring subjective knowledge and a retrial was therefore necessary to ensure that the findings of fact satisfied the new legal test. This case again raises the question whether, in the absence of a jury trial, a mandatory death penalty should be upheld on appeal where there is a dissenting opinion.² Macaulay's caution over 150 years ago, quoted at the beginning of this paper, remains a salutary guide.

Conclusion

Lee has certainly clarified an extremely untidy area of law in Singapore and is a positive step forward in that it confirms that criminal liability under s34 is based on subjective knowledge. It would have been preferable if the court had required an even higher level of mens rea, at least with respect to prosecutions that result in the mandatory death penalty. There is a real moral and constitutional question as to whether the mandatory death penalty is justifiable,³ especially when the evidence does not demonstrate that the accused is sufficiently morally blameworthy to be labelled a murderer and sent to the gallows.

ensuring justice is done, especially in criminal cases. See, *X v PP* [2008] SGHC 107 at para. 98: "The Prosecution's case is only one side of the story; our adversarial system requires and ensures that the defence be fully ventilated should one exist. In each and every case, it is the constitutional role of the judges to carefully and dispassionately evaluate the deficiencies of the Prosecution's and/or the Defence's case theory on the sole basis of legal proof and not mere suspicion or intuition."

¹ The formulation adopted by Kirby J, in the absence of actual intention to commit the secondary offence, was based on either the accused wanting the principal to commit the secondary crime or the accused knowing as a virtual certainty that the principal would commit the secondary offence (*Clayton* at para. [125]). For discussion of *Clayton*, see K Amirthalingam, "Common Purpose and Homicide" (2007) 123 LQR 369.

² Another recent case where the mandatory death penalty was upheld on appeal by a majority decision is *Took Leng How v PP* [2006] 2 SLR 70. See also, KS Rajah, "The Court of Appeal: Wounded Murder Decisions?" (2006) Law Gazette.

³ See M Hor, "The Death Penalty in Singapore and International Law" (2004) 8 Singapore Yearbook of International Law 105.

THE EUROPEAN UNION'S APPROACH TO HUMAN RIGHTS AND ITS EFFECTS ON TURKEY

BY LALE BURCU ÖNÜT

RESEARCH ASSISTANT, DOKUZ EYLUL UNIVERSITY, FACULTY OF LAW

Abstract: This paper is primarily about how the EU -*European Union*- dealt with and further deals with its role in promoting the human rights within the context of its internal human rights policy. In this context, the results of the potential evolutions regarding the possession of a binding Charter of Fundamental Rights and the accession of the EU to ECHR -*The European Convention on Human Rights*- are also analyzed. Furthermore, the importance of the Copenhagen political criteria from the perspective of Turkey - EU relations is discussed. Turkey's progress in human rights is examined as an example for showing the effects of the EU's role in promoting respect for human rights with regard to its external human rights policy. Finally the underlying reasons beneath the decrease of the progress speed are assessed.

Keywords: EU's internal human rights policy, The Charter of Fundamental Rights, European Convention on Human Rights, EU's external human rights policy, The Copenhagen political criteria, Turkey- EU relations.

Introduction

European Union is an organization who does not have a long story of human rights. Any reference to human rights in the original EEC -*The European Economic Community*- Treaty is not available. Until the 2000 declaration of the Charter of Fundamental Rights, the EU did not possess a human rights catalogue. Also, up to now the charter has no legal value. However, it can not be denied that the EU has an important role in promoting human rights. The most important steps for the reinforcement of the protection of human rights in the EU were accomplished by the Treaty of Maastricht, Amsterdam and by the declaration of the Charter of Fundamental Rights. And the fact that the EU is interested in the human rights policy of the candidate states can not be neglected. EU insisted that States seeking admission to the Union must satisfy human rights requirements. In this context, Copenhagen political criteria play an important role. Copenhagen political criteria are important for Turkey too. In 2004, the Commission considered that Turkey sufficiently fulfilled the political criteria, set by the Copenhagen European Council -1993- and recommended the beginning of accession negotiations. Accession negotiations were opened on 3 October 2005, after several reforms regarding the principle of democracy, social state and the rule of law were made. Major reforms are made between 2001 and 2004. However, the progress speed began to decrease in 2007. In this paper which is written for building bridges of understanding, first we discuss the EU's internal human rights policy. In this context, the results of the EU's role in promoting human rights are analyzed. In the second part, we evaluate the Turkey - EU relations with regard to EU's external human rights policy. In this context, the EU's approach to Turkey and Turkey's progress on human rights are discussed.

1. The EU's Internal Human Rights Policy

The EU plays an important role in promoting respect for the human rights of its citizens and of all other residents within the Union. How the EU performed this role will be more clear, if the history of the EU's internal human rights policy and certain potential developments are examined.

History of the EU's Internal Human Rights Policy

The Absence of Human Rights Policy in the Establishment of the EEC

The European Union does not have a long story of human rights. There is no reference to fundamental rights in the original EEC Treaty (Özkan 1990, 96). An exception might be the right to equal payment between men and women (Art. 119). But this is rather a condition of free movement of persons, than the right of non-discrimination (Dutheil de la Rochère 2004, 347). Despite the absence of any reference, the CJEC -*The Court of Justice of the European Communities*- began in the late 1960s to affirm that respect for fundamental human rights is part of the legal heritage of the Community (Alston and Weiler 1999, 9- 10). CJEC applies fundamental human rights as a general principle of law (Özkan 1990, 96).

The Reinforcement of the Protection of Human Rights in the EU

As the EU didn't have a Charter of Fundamental Rights until 2000, it imported those rights from national and international legal systems (Douglas- Scott 2006, 633). Article F of the Maastricht Treaty (O.J. 1992) is the legal basis of this importation. And it has been one of the most important steps for the reinforcement of the protection of human rights in the EU. Today this article is valid as article 6/2 of the Treaty on EU (O.J. 2002). It states that "The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law." Another important step was accomplished by the Treaty of Amsterdam. We observe the acceptance of the principles that the EU is founded on. Article 6/1 states that "The Union is founded on the principles of liberty, democracy and fundamental freedoms and the rule of law, principles which are common to the Member States". In spite of these evolutions, any charter of rights isn't available neither in the Maastricht Treaty, nor in the Amsterdam Treaty.

The declaration of the Charter of Fundamental Rights was another important step. Until the declaration of the Charter of Fundamental Rights (O.J. 2000), the EU possessed no human rights catalogue. It was proclaimed in Nice, on 7 December 2000. Several of the rights stated in the Charter of Fundamental Rights are based on the ECHR, some of the Charter's rights have their origins in the common constitutional traditions of the Member States or are at least inspired by national constitutional law, others are inspired by judgments of the Court of Justice, some are based on the European Social Charter of 1961 and the Revised Social Charter of 1996, and some are based on existing EC or TEU provisions (Knook 2005, 395). Nevertheless up to now the charter has no legal value (Dutheil de la Rochère 2004, 349). On this subject Advocate General Tizzano indicated that the Charter of Fundamental Rights is not in itself binding (Tizzano 2001, I-4881, para. 27). Regarding the same issue, Advocate General Léger indicated: "It should be noted that those values have in common the fact of being unanimously shared by the Member States, which have chosen to make them more visible by placing them in a charter in order to increase their protection. The Charter has undeniably placed the rights which form its

subject-matter at the highest level of values common to the Member States”(Léger 2001, I-9565, para. 80). In the preamble of the Charter, it is also stated that “This Charter reaffirms, with due regard for the powers and tasks of the Community and the Union and the principle of subsidiarity, the rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States, the Treaty on European Union, the Community Treaties, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Social Charters adopted by the Community and by the Council of Europe and the case-law of the Court of Justice of the European Communities and of the European Court of Human Rights.” So we must accept that the Charter is no more than an authoritative expression of the fundamental rights recognized in the EU (Dutheil de la Rochère 2004, 349). But in the future it can be in itself binding.

Certain Potential Evolutions Regarding the Protection of Human Rights

The EU as a Holder of Binding Charter on Fundamental Rights

In 2000, the EU possessed human rights catalogue without a legal value. And after that, authorities began trying to grant it a value of positive law. They considered including the charter into the draft constitution for this purpose. Integrating the charter in the Constitution, represented an important shift away from the conception of fundamental rights solely constituting a part of the general principles of Union law to one that also posits fundamental rights as individual rights (Morijn 2006, 16). But, the Treaty establishing a Constitution for Europe was rejected by referenda in France and Netherlands. However the project of granting value of positive law to charter continues. The Charter is not included in the Treaty of Lisbon. However it has been indicated by reference to article 6/1 of Lisbon Treaty, that the Charter of 2000, as amended on 12 December 2007 will have the same legal value as the Treaties. When the Treaty of Lisbon is compared to the Treaty establishing a Constitution for Europe, it is observed that the difference relates more to the form than the substance (Poncins 2008, 67). If the Treaty of Lisbon comes into force or the Charter has the value of positive law by another way, Union citizens will be transparently empowered to invoke their rights against various European institutions, bodies, and agencies, as well as the Member States when implementing Union law (Morijn 2006, 16).

The EU as an Adherent to ECHR

Another expected evolution is regarding the accession of the EU to ECHR. The EC-EU adhesion to ECHR is a long discussed issue. There are two interlopers in front of this adhesion. First of all, The ECHR is only open to the ratification of states (Article 59 of the ECHR) and the EC-EU isn't a state. On the other hand, as indicated within the opinion 2/94 of the CJEC, EC don't have any powers for the accession to the ECHR. And the accession can be realized only by the way of Treaty amendment (CJEC, Opinion 2/94). Yet, the EC-EU isn't the signatory of the ECHR. However, the Court uses the European Convention on Human Rights (CJEC, C. 36/75, para.32). And it is taking great care to avoid any conflict with the case-law of the Strasbourg Court (Juncker 2006, 4). Nevertheless, it has sometimes felt free to interpret the ECHR in its own way (Tezcan 2002, 218-219; Douglas-Scott 2006, 651). The most important examples of these interpretations are observed within the cases “National Panasonic” and “Hoechst”. The CJEC indicated within the judgment “National Panasonic” that Article 8/1 of the ECHR is to be applied as a principle to legal persons (CJEC, C.136/79, para.19). However, CJEC invoked the necessity of the maintenance of competition's system intended by the EC

Treaty for refusing the National Panasonic's allegation on the infringement of the right to respect for home (CJEC, C.136/79, para.20). And within the judgment "Hoescht", CJEC indicated more clearly that the existence of a fundamental right to the inviolability of the home must be recognized in the Community legal order as a principle common to the laws of the Member States in regard to the private dwellings of natural persons. On the other hand, in the same case, the CJEC stated that the right of the inviolability of homes isn't applicable to undertakings (CJEC, C. 46/87, para.17). However, the European Court of Human Rights accepts to apply Article 8/1 of the ECHR also to undertakings (Tezcan, Erdem and Sancakdar 2004, 401). Within the judgment "Niemietz", the European Court of Human Rights stated that interpreting the word "home" as including certain professional or business premises would be consonant with the essential object and purpose of Article 8, namely to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities (Case of Niemietz v.Germany 1992, para.31). Above is an example of the difference between interpretations of two distinct European Courts. Such differences between interpretations can be decreased if EU adheres to ECHR. We must indicate here also the other potential results of the adhesion. As indicated by Juncker, the EU accession to the ECHR will not affect the division of powers between the EU and its member states. Accession will however subject the EU institutions to the external monitoring of compliance with fundamental rights. Accession will also allow the EU to become a party in cases directly or indirectly concerned with Community law before the European Court of Human Rights (Juncker 2006, 4). The European citizens will be able to address to the Court of Human Rights if they think that European acts isn't in conformity with the ECHR (Poncins 2008, 82). If CJEC or another EU institution infringes ECHR, the violation will be able to be determined by the Court in Strasbourg (Alston and Weiler 1999, 11). The adhesion that is mentioned above can be realized only by the way of Treaty and Convention amendments. The Treaty of European Union (Treaty of Lisbon), which is not yet in force, contains an article on this subject. Article 6/2 of the Treaty on European Union states that the Union shall accede to the ECHR and such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties (O.J. 2008, C.115/13). Protocol 8 relating to article 6/2 of the Treaty of European Union on the accession of the Union to the ECHR is about conditions of this accession (O.J. 2008, C.115/201). On the other hand, Article 17 of the Protocol 14 of the ECHR will amend Article 59 of the ECHR, allowing the European Union to accede to it (Council of Europe, Text of protocol no. 14). Protocol 14 will come into force when it is ratified by all member states. It is signed by every Council of Europe member state. However, only Russia has not yet ratified the protocol (Council of Europe, Signatures and ratifications).

In this part, we analyzed the EU's role in promoting respect for the human rights in the context of its internal human rights policy. The EU has also important roles in the international scene. Its role can be seen clearly if the Turkey and EU relations are examined as an example.

2. Turkey- EU Relations in the Context of the EU's External Human Rights Policy

The EU took the responsibility of influencing the human rights policies of other states. It is interested notably in the human rights policies of the candidate states. The effects of the EU's role in promoting respect for human rights in other countries can be seen, if the

Turkey's progress on human rights is examined as an example. Before this examination a general evaluation on Turkey- EU relations is also necessary.

General Evaluation on Turkey - EU Relations

History of Turkey- EU Relations

Turkey made its first application in 1959 for joining the European Economic Community (EEC). The request was premature (Erhan and Arat 2002, 818-819). The EEC's response to this first application was to propose the creation of an association until Turkey's circumstances permitted its accession (T.C. Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı 2007, 288). The agreement creating an association between the Republic of Turkey and the European Economic Community (Ankara Agreement) was signed on 12 September 1963 (J.O. 1964, no.217, 3687- 3688). This agreement envisaged the establishment, in three stages, of a customs union (Art. 3, 4, 5). Definitive arrangements were laid down for completing the final phase of the customs union by the Decision 1/95 of the Association Council (O.J. 1996, L.35, 1- 47). On the other hand, in 1987 Turkey formally applied for full membership. Turkey had to wait the Helsinki European Council (1999), for being accepted as a candidate state on an equal footing with other candidate states (Helsinki European Council 1999, para.12). However, the Helsinki European Council didn't set any date for the beginning of negotiations. This date was set by The European Council on 16 December 2004 as 3 October 2005. On 3 October 2005, after negotiations between the Member States, the Council was finally able to reach an agreement on a framework for negotiations on the terms of Turkey's membership of the European Union. And accession negotiations were opened. Today, one of the Turkey's targets is to be a member of the EU. However, it's not an obsession (Cem 2005, 9, 74).

Importance of the Copenhagen Political Criteria in Terms of Turkey- EU Relations

The Copenhagen criteria were laid down at the June 1993 European Council in Copenhagen. These criteria include the political criteria, the economic criteria and the ability of the candidate state to adopt and implement the *acquis*. Especially, the Copenhagen political criteria are about the stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and protection of minorities (European Council in Copenhagen 1993, 13). These criteria are generally applied as a condition to conclude accession process. However, for Turkey, it was applied as a condition to open accession negotiations (Cem 2005, 81). The conclusion of the European Council in Copenhagen (2002) certifies this statement. It concluded that "if the European Council in December 2004, on the basis of a report and a recommendation from the Commission, decides that Turkey fulfils the Copenhagen political criteria, the European Union will open accession negotiations with Turkey without delay" (Copenhagen European Council 2002, 5, para. 19). And, in 2004, the Commission considered that Turkey sufficiently fulfilled the political criteria set by the Copenhagen European Council '1993' and recommended the beginning of the accession negotiations (Commission of the E. C. 2004, "Recommendation of the European Commission on Turkey's progress towards accession", 3). On 3 October 2005, accession negotiations were opened with Turkey. Turkey realised a significant progress on human rights before the beginning of accession negotiations.

Turkey's Progress on Human Rights

Several Turkey's Reforms Concerning Human Rights

Political reforms of Turkey are mainly covered in two major constitutional reforms (in 2001 and 2004) and eight legislative packages adopted by National Parliament (between

February 2002 and July 2004.). These reforms on human rights don't come from the EU legislation. Reforms come from the principle of democracy, social state and the rule of law. But we can't deny that Turkey was motivated by the probability to join the EU. Which reforms did Turkey do on human rights before the accession negotiations?

- "The government has increasingly asserted its control over the military. Civil-military relations evolved. In order to enhance budgetary transparency, the Court of Auditors is granted permission to audit military and defence expenditures. Extra-budgetary funds are included in the general budget, allowing for full parliamentary control. In August 2004, for the first time a civilian was appointed Secretary General of the National Security Council."

- "The independence and efficiency of the judiciary are strengthened."

- "New codes are adopted, including a Civil Code and a Penal Code. The new Civil Code includes provisions aimed at improving gender equality and strengthening guarantees regarding the protection and rights of the child."

- "State Security Courts are abolished. Some of their competences are transferred to the Serious Felony Courts."

- "The legislation to establish Intermediate Courts of Appeal are adopted."

- "Turkey acceded to most relevant international and European conventions and the principle of the supremacy of these international human rights conventions over domestic law are enshrined in the Constitution."

- "The death penalty is abolished in all circumstances according to Protocol 13 of the European Convention on Human Rights. Remaining references to the death penalty in existing legislation are removed." The Protocol 13 was signed by Turkey on 09.01. 2004. It was ratified on 06.10.2005 (OJ 2005).

- "Further efforts are made to strengthen the fight against torture and ill-treatment."

- "Pre-trial detention procedures are aligned with European standards."

- "The authorities adopted a zero tolerance policy towards torture and a number of perpetrators of torture are punished."

- "Constitutional amendments and a new press law increased press freedoms."

- "Constitution is amended to lift the ban on the use of Kurdish and other languages. Several Kurdish language schools are opened in the Southeast of Turkey. Broadcasting in Kurdish and other languages and dialects is now permitted and broadcasts have started. Broadcasting and education in languages other than Turkish are authorised."

- "The state of emergency, which had been in force for 15 years in some provinces of the Southeast, is completely lifted."

- "Turkey ratified major international conventions as well as European Conventions such as the International Convention on Civil and Political Rights, on Social and Economic Rights and Protocol 6 of the European Convention on Human Rights."

After these reforms that are mentioned above (Commission of the E.C. 2004, "2004 Regular Report on Turkey's Progress Towards Accession"), negotiations were opened. The shared objective of the negotiations is accession. However, in the negotiating framework, it is indicated that negotiations are "an open-ended process, the outcome of which cannot be guaranteed beforehand" (Negotiating Framework 2005, para. 2). Furthermore, in the negotiating framework, it is indicated also that if Turkey breaches seriously and persistently the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms and the rule of law, the Commission will recommend the suspension of

negotiations. In such case, the Council will decide after having heard Turkey, whether to suspend negotiations (Negotiating Framework 2005, para. 5). The decrease of progress speed can not be seen as a reason of the suspension. However, the reasons of the decrease in the progress speed must be analyzed correctly for the future of the Turkey- EU relations.

The Reasons of the Progress Speed's Decrease

We mentioned above that the government increasingly asserted its control over the military. However, we must admit that the armed forces continued to exercise significant political influence. As indicated in Turkey 2007 Progress Report, senior members of the armed forces stepped up their public comments on domestic and foreign policy questions including Cyprus, secularism and Kurdish issues. Sometimes, the General Staff reacted publicly to government statements or decisions. The General Staff directly interfered with the 2007 presidential election by publishing a memorandum (The General Staff 2007) on its website expressing concern at the alleged weakening of secularism in Turkey (Commission of the E.C. 2007, p. 9). On the same day with this memorandum, presidential election was held in the Parliament. This election was boycotted by opposition parties, and the sole candidate Abdullah Gül, failed to obtain the required two-thirds majority. Following an application of the opposition party (CHP), the Constitutional Court ruled that the vote be invalidated because a two-thirds quorum of participants was lacking. The Constitutional Court ruled by a majority of seven to four that a quorum of two thirds is necessary for the first and second rounds of presidential elections in Parliament, and annulled the first round of voting (Constitutional Court 2007). The decision of the Constitutional court led to strong political reactions and allegations that the Constitutional Court was not impartial when reaching this decision (Commission of the E.C. 2007, 10). After the new general election in 2007, AKP won an even larger share of the vote, putting the military squarely on the wrong side of popular opinion (Kohen and Matthews April 2008). And in August, the newly-elected Parliament elected Abdullah Gül as a President at the third round. But the controversy did not finish. In 2008, the chief prosecutor of Ankara's Court of Appeals filed an indictment that seeks to shut down Turkey's ruling Justice and Development Party (AKP) and ban more than 70 AKP members from politics, including most of the cabinet, the prime minister and the president. At the end of the case, the court decided to cut the half of the Treasury aid instead of shutting down the party (Constitutional Court 2008). However, the threat of political instability prevented Turkish Government from making progress during the process that is mentioned above. In such circumstances, Turkey's internal problems have the priority. These problems caused the speed of the reforms to decrease. But it wasn't a unique reason. The statements of several European leaders were another reason of this decrease because of their effects on Turkish citizens. Several European leaders recoiled, rebuffing Turkey instead of recognizing just how far Turkey has come (Kohen and Matthews February 2008). French President Nicolas Sarkozy says he opposes Turkish membership in the EU, because it's "an Asian country". German Chancellor Angela Merkel opposes Turkish membership in the EU. She says that "Turkey's membership is going to constrain the EU." And she offers "privileged partnership" instead of full membership. These statements reduced the willingness and support of Turkish citizens not only to EU membership, but also to the realization of reforms. Furthermore, a close connection can perhaps be observed between some internal problems and the effects of floating approaches on Turkey.

Conclusion

There is no reference to fundamental rights in the original EEC Treaty. But the EU acknowledges that it has an important role to play in promoting respect for the human rights and implements its role through the arrangements reinforcing the protection of human rights in the EU. The declaration of the Charter of Fundamental Rights is one of the most important examples of these arrangements. This Charter isn't in itself binding. However it is an authoritative expression of the fundamental rights recognized in the EU. For this reason, fundamental rights included in the Charter can be applied as the general principles of Union law. However, there are also attempts for granting value of positive law to Charter. If the Charter earns the value of positive law, fundamental rights will be posit as individual rights. Furthermore, if the Charter earns the value of positive law, Union citizens will be transparently empowered to invoke their rights against European institutions, bodies, and agencies, as well as the Member States when implementing Union law. Another attempt is on the accession of EU to ECHR. In the case of accession, if CJEC or another EU institution infringes ECHR, the violation will be determined by the Court in Strasbourg. These attempts show also the EU's aim for the reinforcement of the protection of human rights. These projects which have the aim of having a binding Charter of Fundamental rights and accession to ECHR are the result of EU's role in promoting respect for the human rights in the context of its internal human rights policy. Beside its role of promoting respect for the human rights within the framework of its internal human rights policy, the EU has also important roles in the international scene. The EU takes the responsibility to influence the human rights policies of other states. Notably, it is interested in the human rights policy of the candidate states. In this context, The Copenhagen political criteria which were laid down in 1993 are very significant. They were applied as a condition to open accession negotiations for Turkey. In 2004, the Commission stated that Turkey sufficiently fulfilled the Copenhagen political criteria and recommended the commencement of the accession negotiations. Turkey made important reforms before of the beginning of the accession negotiations. These reforms are the results of the principle of democracy, social state and the rule of law. But Turkey was motivated by the probability to join the EU. Nevertheless, the progress speed began to decrease in 2007. The threat of political instability is the main reason of this deceleration. Turkey had to spend more time on its internal problems first. The statements of several European leaders were also the reason of this decrease in the speed of progress. These statements reduced willingness and support of Turkish citizens not only to EU membership, but also to the realization of reforms. It's true that the realization of reforms is the main responsibility of Turkey which is founded on the principles of democracy, social state and the rule of law. But Turkey needs a close cooperation of EU member states instead of conflicting statements with EU's general approach on Turkey.

REFERENCES

- ALSTON Philip/ WEILER J. H. H., "An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights", Ed: ALSTON Philip/ BUSTELO Mara/ HEENAN James, The EU and Human Rights, Oxford University Press, New York 1999.
- CEM İsmail, Avrupa'nın "Birliği" ve Türkiye, İstanbul 2005.
- DOUGLAS- SCOTT Sionaidh, "A Tale of Two Courts : Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis", CMLR 43, 2006.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, "The EU and the Individual: Fundamental Rights in the Draft Constitutional Treaty", Common Market Law Review 41, 2004.

ERHAN Çağrı/ ARAT Tuğrul, "AET'yle İlişkiler", Ed: ORAN Baskın, Türk Dış Politikası, Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, C.1, İletişim, İstanbul 2002.

JUNCKER Jean- Claude, "Council of Europe- European Union: 'A Sole Ambition for the European Continent'", 11.04.2006, "http://assembly.coe.int/Sessions/2006/speeches/20060411_report_JCJuncker_EN.pdf", 15.10.2008.

KNOOK Allard, "The Court, The Charter, and the Vertical Division of Powers in the European Union", CMLR 42, 2005.

KOHEN Sami/ MATTHEWS Owen, "Attack of the Judges", Newsweek, 14.04.2008, "http://www.newsweek.com/id/130633", 18.10.2008.

KOHEN Sami/ MATTHEWS Owen, "The True Turkish Believer", Newsweek, 18.02.2008, "http://www.newsweek.com/id/109544", 15.10.2008.

MORIUN John, "Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution", European Law Journal, V.12, No:1, January 2006.

ÖZKAN Işıl, "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve İnsan Hakları", Maliye Yazıları, May-June 1990.

PONCINS Étienne, Le traité de Lisbonne en 27 clés, Lignes de Repères, Paris 2008.

T.C. Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı, Avrupa Birliği ve Türkiye, Ankara 2007.

TEZCANERCÜMENT, Avrupa Birliği Hukukunda Birey, İletişim, İstanbul 2002.

TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin, Ankara 2004.

Commission of the E. C. , "Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Recommendation of the European Commission on Turkey's progress towards accession", COM (2004) 656 final.

Commission of the E.C., Com (2004) 656 Final, "2004 Regular Report on Turkey's Progress Towards Accession", Brussels, 06.10.2004, SEC (2004) 1201.

Commission of the E.C. 2007, Com (2007) 663 Final, "Turkey 2007 Progress Report", Brussels, 06.11.2007, SEC (2007) 1436.

Copenhagen European Council, Presidency Conclusions, 12-13.12.2002, 15917/02.

Council of Europe, Text of Protocol no. 14, "http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/194.htm", 16.10.2008

Council of Europe, Signatures and Ratifications, "http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=194&CM=1&DF=9/3/2007&CL=FRE", 16.10.2008.

European Council in Copenhagen, Conclusions of the Presidency, 21-22.06.1993, SN 180/1/93 REV 1.

Helsinki European Council, Presidency Conclusions, 10-11.12.1999.

Negotiating Framework, Luxembourg, 03.10.2005, "http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/st20002_05_TR_framedoc_en.pdf".

The General Staff, 27.04.2007, No: BA- 08/07, "http://www.tsk.mil.tr/10_ARSIV/10_1_Basin_Yayin_Faaliyetleri/10_1_Basin_Aciklamalari/2007/BA_08.html", 20.10.2008.

Case of Niemietz v.Germany, Appl. no: 13710/88, 16.12.1992, A 251-B.

Constitutional Court, 01.05.2007, 2007/45 E., 2007/54 K., O.J. 27.06.2007, No: 26565.

Constitutional Court, 30.07.2008, 2008/1 E., 2008/2 K., O.J. 24.10.2008, No: 27034.

Opinion of Advocate General Tizzano, 08.02.2001, C- 173/99, Rec.2001, p. I-4881.

Opinion of Advocate General Léger, 10.07.2001, C-353/99 P, Rec. 2001, p. I-9565.

ECJ, 28.10.1975, C.36/75, Rutili, ECR 1975, p. 1219.

ECJ, 26.06.1980, C.136/79, National Panasonic/ Commission, ECR 1980, p. 2033.

ECJ, 21.09.1989, C.46/87, Hoescht/ Commission, ECR.1989, p. 2859.
ECJ, 28.03.1996, Opinion 2/94, ECR 1996, p. 1759.
O.J. 29.07.1992, C. 191.
O.J. 13.02.1996, L.35, p.1- 47.
O.J. 18.12.2000, C. 364/1.
O.J. 24.12.2002, C. 325.
OJ, 13.12.2005, No: 26022.
O.J, 09.05.2008, C. 115/13.
O.J, 09.05.2008, C.115/201.
J. O. 29.12.1964, No: 217.

COMPORTAMENTUL SOCIAL

Masterand MIHAIU VASILE
Universitatea din București,
Facultatea de Sociologie

Gustave Le Bon este cel care pune bazele teoriei despre comportamentul colectiv prin apariția în 1895 a lucrării "Psihologia mulțimilor". Teoria sa despre comportamentul social se poate explica cel mai bine printr-un enunț de tip cauzal stimul - contagiune. Pentru a înțelege mai bine trebuie să pornim de la definiția dată de autor mulțimilor: "Mulțimea este o reuniune de indivizi oarecare, indiferent de naționalitate, profesie sau sex, indiferent de împrejurări care îi adună împreună". Încă de la această definiție se poate întui cu ușurință concepția lui Gustave Le Bon despre comportamentul mulțimilor pentru că o astfel de reuniune cât se poate de eterogenă nu va fi foarte greu de stăpânit și dirijat.

Într-o astfel de comunitate, spune autorul, personalitatea conștiința dispare formându-se un "suflet colectiv" cu prezintă trasaturi distincte. În aceste condiții se poate pune problema caracteristicilor unei astfel de mulțime de vreme ce ea este alcătuită din mai mulți indivizi care își pierd în mare măsură conștiința de sine. Membrii unei astfel de comunități se supun Legii unității mentale a mulțimilor, care spune că toți indivizii din grup au tendința de a-și ignora propriile sisteme de valori și încep să se ghideze exclusiv după normele grupului respectiv.

O astfel de mulțime are câteva caracteristici care o definesc. În primul rând între membrii care o alcătuiesc are loc o uniformizare a reacțiilor (Legea uniformizării acțiunilor). Membrii grupului au un sentiment de siguranță în interiorul masei. Masele după cum spune Gustave Le Bon sunt impulsive versatile și iritabile. Cu alte cuvinte masele pot trece într-un moment de la o stare, o emoție la una total opusă fără a avea vreo explicație foarte pertinentă pentru aceasta, iar prin faptul că sunt impulsive se poate explica și atitudinea lor profund irascibilă. De asemenea masele sunt foarte credule datorită faptului că anumite sentimente le pot fi foarte ușor induse. Această caracteristică este valabilă atât în cazul maselor mari de oameni cât și în cazul celor alcătuite dintr-un număr mai mic de indivizi (grup), deoarece nu este nevoie de un număr mare de oameni într-un grup pentru ca faptele reale să fie înlocuite în conștiința grupului respectiv de halucinații, reprezentări care să se potrivească cu sistemul grupului. Sentimentele mulțimilor sunt foarte simple și nu de multe ori exagerate. Violenta unor astfel de sentimente este de cele mai multe ori foarte mare din cauza lipsei de responsabilitate la nivelul individual. Astfel grupul este intolerant autoritar și de cele mai multe ori conservator în convingerile sale; autoritarismul și intoleranța având grade diferite în funcție de rasă, religie, sex etc. Nu în ultimul rând moralitatea mulțimilor este în general redusă. Cu toate acestea mulțimile sunt capabile să facă și acte de sacrificiu, mai mari decât cele pe care le-ar putea face un individ izolat dar în general aceste acte nu sunt rezultatul unui proces evaluativ personal, ci a impulsivității și al sentimentului de siguranță pe care îl dă grupul.

Din cele pe care le-am menționat în paragrafele anterioare putem trage concluzia că din punctul de vedere al lui Gustave Le Bon masele sunt o formă de organizare socială care suporta foarte multe critici, iar pe cea mai mare și cea mai importantă le-o aduce el

insusi. In momentul in care masele au puterea intervine haosul din cauza dezorganizării interioare pe care ele insele sunt clădite.

Cu toate ca nu putem critica punctul de vedere al acestui autor putem totuși sa facem câteva observații cu privire la cele pe care le afirma. Trebuie sa spunem ca definitia pe care o da Gustave Le Bon mulțimilor este mult prea generala si de aici se pot ivi multe probleme, pentru ca o mulțime nu poate fi constituita doar din indivizi care se aseamănă in principal prin scopul comun pe care il au si diferă din punct de vedere al convingerilor politice, sex, rasa, religie.

Putem oferi un exemplu in sprijinul afirmației ca definiția lui Le Bon este incompleta. Sa luam drept caz de lucru o mișcarea ecologista de lupta împotriva poluării cu deșeuri radioactive rezultate din procesele de fusiune nucleara ce au loc la centrala nucleara de la Cernavoda. Membrii acestei organizații desi diferiți au un scop comun: militeza pentru inchiderea centralei nucleare pentru ca ea poluează mediul. Exista insa un grup de cativa indivizi care desi sunt membrii activi in aceasa organizație ei au un scop ascuns si anume sa inchida centrala nu pentru ca poluează ci pentru ca exploatarea miniera din localitatea X de unde se extrage uraniul ii amenința ca s-a găsit un nou zăcământ pe pășunile care le aparțin, motiv pentru care ei vor fi deposezați. Ei vor sa inchida centrala nu pentru ca astfel nu vor mai fi desproprietariti si nu din considerente ecologice. In concluzie criteriul scopului comun este incomplet in definiția data pentru ca int-o masa de oameni unii pot avea scopuri diferite insa cel mai important toti au motivații diferite.

De asemenea, este discutabil punctul de vedere al autorului conform căruia un lider carismatic poate determina masele sa acționeze hipnotic, ignorandu-si astfel propriile convingeri. Este adevărat ca din varii motive intr-o masa de oameni fiecare individ se comporta diferit decât ar face-o in mod izolat, dar este greu de crezut ca un om poate fi manipulat fara ca el sa mai fie răspunzător de acțiunile sale. Acțiunile fiecăruia dintre oameni poarta in permanenta amprenta individualității si a propriului sistem de reprezentare, a convingerilor si a credințelor personale.

In conformitate cu cele descrise anterior, urmărind sistemul lui Gustave Le Bon, situația electorala din turul doi al alegerilor prezidențiale din România ar fi trebuit sa difere de cele care au fost înregistrate oficial. In al doilea tur de scrutin liderul carismatic Corneliu Vădim Tudor si-a amplificat toate trasaturile de caracter pe care trebuie sa le aibe un conducător de mase (calitățile liderului vor fi expuse mai târziu pe parcursul prezentei lucrări), motiv pentru care ar fi trebuit sa atragă un număr mult mai mare de electori decât cel înregistrat la finele scrutinului. De aici putem trage următoarele concluzii teoria despre hipnotizarea maselor este parțial adevărata, măselelor pot fi controlate, intr-adevar, dar nu pana la nivelul de hipnoza pe care il afirma Le Bon.

Cu toate acestea nu trebuie sa trecem cu vederea importanta si valoarea lucrării "Psihologia mulțimilor" a lui Gustave Le Bon care pune piatra de temelie in explicarea comportamentului social.

O perspectiva diferita asupra comportamentului social ne este oferita de către Herbert Blumer (1900 - 1972) care transforma contagiunea mentala despre care vorbea Le Bon in contagiune comportamentala. In acest sens el propune o noua teorie: Teoria reacțiilor circulare.

Aplicând modelul lui Blumer la realitatea înconjurătoare putem oferi un caz pentru a exemplifica mai bine teoria autorului. Sa presupunem ca la un moment dat intr-o rezerva de spital se găsesc mai mulți pacienți internați, dintre aceștia unul urmează a suporta o

intervenție chirurgicală peste un scurt timp. Acest pacient este liniștit în ceea ce privește reușita operației pentru că medicul în cauza îi inspiră încredere, cu toate acestea el discută cu colegii de rezervă cu privire la practicile medicale. Unul dintre ceilalți pacienți îi mărturisește că este neliniștit de faptul că medicii nu mai sunt atenți așa cum obișnuiau să fie, oferindu-i câteva exemple de neatenție a cadrelor medicale. Din acest motiv pacientul care urmează să fie operat se impacientează și îi comunică interlocutorului sau neliniștea sa. Astfel ambii și-au schimbat comportamentele unul în funcție de celălalt.

Extrapolând, putem spune că pe același principiu intervin și schimbările de comportament în cadrul unor grupuri. Membrii grupurilor interacționează și astfel își schimbă permanent reacțiile unul în funcție de celălalt, odată făcută o schimbare la nivelul comportamentului individual ea este observată de către ceilalți și pentru că interacțiunea nu încetează la nivelul grupului ceilalți își vor adapta, la rândul lor comportamentele. Deci se poate trage concluzia că acest fenomen de contagiune comportamentală este un fenomen ciclic. În aceste condiții putem afirma că într-un grup este aproape imposibil să determinăm cu exactitate comportamentele fiecărui individ ca urmare a permanentelor schimbări la care se supune acesta.

În "Comportamentul colectiv" [1969] Herbert Blumer face o primă și importantă dihotomie între mulțime și mișcări sociale, clasificându-le pe fiecare. Blumer găsește că există cinci feluri de mulțimi în funcție de alcătuirea lor ele putând fi: întâmplătoare (spontane și cu grad de participare redus), convenționale (organizate cu un scop precis), expresive (cu o puternică exprimare a emoțiilor), active (participare numeroasă cu caracter activ ridicat) și protestatare (caracter convenționalizat și scop precis). La rândul lor mișcările sociale sunt de mai multe tipuri: regresive (întoarcerea la o formă anterioară a societății), reformiste (propun o nouă societate), revoluționare (schimbarea radicală a societății) și utopice (schimbarea radicală a societății, dar fără un plan clar). Aceasta a grupurilor între mulțimi și mișcări sociale este importantă prin diferențele care au loc între acestea două. De pildă mulțimile au în centrul lor individul și relațiile pe care acesta le are cu semenii săi din mulțime, pe când într-o mișcare socială societatea este în centrul ecuației iar indivizii sunt importanți prin prisma relației lor cu aceasta.

Ca și Le Bon, Blumer nu reușește să facă o descriere completă a comportamentului colectiv, lăsând câteva aspecte ale problemei nelămurite. În primul rând autorul nu explică în mod clar ce îi determină pe indivizi să se ature unii alături în comunități (fie ele mulțimi sau mișcări sociale). De asemenea nu se acordă importanța necesară liderului de grup și calităților sale care îl propulsează în această poziție.

O altă perspectivă, total diferită, asupra comportamentului social este oferită de către Ralph Turner în lucrarea cu numele "Comportamentul colectiv" [1957]. Există după părerea sa o continuitate între comportamentul de grup și cel colectiv. Aceasta continuitate este dată de normă, interesând numai modalitatea în care ia naștere această normă. De aceea această teorie poartă în cadrul psihosociologiei numele de Teoria emergentei norme. Astfel se renunță definitiv la cele enunțate de Gustave Le Bon prin Teoria contagiunii mintale.

Cu alte cuvinte întregul comportament social este explicat exclusiv prin intermediul normelor; oamenii creează în permanență norme noi și se ghidează după ele. Normele, la rândul lor, pot fi schimbate pentru că ele izvorăsc din reprezentările pe care le are grupul respectiv despre realitate.

Se poate observa faptul ca Turner nu operează nici un fel de diferențiere între comportamentul de grup și cel colectiv, sigura diferență fiind constituită de emergenta acestor norme. Se poate spune ca într-un grup normele preexista fiecărui individ în parte, ele fiind cerate anterior, iar într-o masă mai mare de oameni (colectiv) ele fiind constituite ad hoc. Cu toate acestea mulțimile au după părerea autorului o importanță sporită în determinarea comportamentului social.

Un rol important se acorda liderului care în cazul grupului are un comportament carismatic, după un model administrativ, iar în cazul maselor mari, a colectivităților el are un comportament partizan. Nu este lipsit de importanță să precizăm faptul ca într-un colectiv mărit exista un subgrup de unde emerg aceste norme care mai apoi sunt însușite de restul membrilor, astfel acțiunile lor fiind justificate prin încadrarea în normele respectiva.

Aplicând teoria normei emergente după modelul propus de Turner unor cazuri practice comportamentul social se poate explica în felul următor. În cazul unui grup de indivizi exista norme prestabilite pe care toți le cunosc și le respecta deși nu se poate stabili cu precizie când au fost stabilite aceste norme. Două persoane merg să cineze la un restaurant select. Bărbatul va intra primul în restaurant, va oferi un loc la masa doamnei va cere meniurile, amândoi respectând toate regulile pe care le presupune acest grup (cei care iau masă în locuri publice). Amândoi respecta normele grupului respectiv, pentru ca le cunosc, deși nu pot să precizeze clar cine sau când a inventat aceste norme. Astfel comportamentul lor social s-a schimbat în funcție de normele unui grup.

Aceași explicație poate fi dată și în cazul unui comportament colectiv al indivizilor în grupuri mai mari. Toată lumea scandează lozinci la un miting de protest cu un scop, cu toate acestea unui singur individ îi va fi greu să explice de ce a ales să folosească o anumită lozincă și nu alta. Teoria normei emergente aplicată comportamentului colectiv ne poate lămuri astfel. Exista în cadrul acelui miting un grup de agitatori care are un lider, acesta va ști în fiecare moment în funcție de starea mulțimii ce sloganuri să lanseze împreună cu apropiații săi. Aceste sloganuri vor fi adoptate imediat și de către ceilalți participanți la miting.

Deci constatăm ca, comportamentul social s-a schimbat în funcție de unele norme care au fost elaborate instantaneu în cadrul masei, și adoptate de către fiecare.

Toate aceste teorii pe care le-am prezentat mai sus încearcă să explice comportamentul social pornind de la mulțimile de indivizi. Astfel mulțimile capătă un statut de entitate independentă de voința maselor.

În 1962 James Davies lansează o nouă abordare a comportamentului social prin care autorul dorește să destrame falsul mit al mulțimilor și să explice exact rolul acestora. În acest scop el concepe o nouă teorie Teoria curbei în J sau Teoria convergentei.

În toate societățile poate apărea o deprivare absolută, ceea ce este o urmărire clară a inegalității indivizilor, însă se poate observa și o deprivare relativă atunci când individul constată ca exista o disonanță între cele meritate și cele obținute. Aceasta diferența este cauzatoare de tensiuni motiv pentru care pot apărea conflicte. Davis pornește de la ideea ca indivizii își stabilesc așteptări legate de satisfacerea trebuințelor personale. În cazul în care între satisfacerea trebuințelor și posibilitățile de realizare a acestora este o diferență apare o tensiune care generează frustrare, care la rândul său poate genera agresivitate. Legătura între frustrare și agresivitate este clară ele sunt într-o relație de direct proporționalitate: cu cât frustrarea este mai mare cu atât agresivitatea (sau riscul apariției ei) este mai mare.

În funcție de aceasta această relație frustrare - atgresivitate indivizii se pot găsi în trei situații: când nu-si pot realiza trebuințele personale (situație caracteristică societăților arhaice), când trebuințele se pot realiza dar lipsesc posibilitățile de îndeplinire a acestor lucruri (situație caracteristică societăților moderne) și când cresc atât nevoile cât și modalitățile de realizare a lor. În toate aceste cazuri frustrarea este prezentă iar indivizii își canalizează energiile și eforturile pentru a elimina tensiunile acumulate. De cele mai multe ori ei se asociază în mișcări sociale și astfel ei adoptă un comportament social care este rezultatul canalizării forțelor tuturor de luptă împotriva cauzei producătoare de frustrări.

Trebuie să precizăm că există anumite variabile care pot potența această legătură între frustrare și violență cum ar fi: mediul de viață (familia se împotrivesc satisfacerii trebuințelor), tradiția culturală (anumite norme culturale sunt împotriva îndeplinirii nevoilor), sistemul politic (o anumită doctrină politică poate îndeplini individul de la realizarea dezideratelor sale).

După cum am obișnuit vom aplica modelul lui Davies de explicare a comportamentului social al unui exemplu pentru a putea analiza această teorie. Conform acestui model de teorie explicația comportamentului social al celor implicați în Revoluția română din decembrie 1989 poate fi explicată în felul următor. Mai mulți oameni care erau împiedicați în principal de către sistemul politic și apoi de către condiții particulare și-au canalizat eforturile pentru a înlătura factorul care genera tensiunea (sistemul politic comunist).

Din toate cele descrise anterior putem să observăm faptul că în toate teoriile care explică într-un fel sau altul comportamentul social există cel puțin o parte comună și anume faptul că în general grupurile de indivizi, mulțimea, societatea urmărește în comportamentul său un anumit tip de acțiuni pe care le întâlnește la un conducător al ei. Un bun lider este mai mereu urmat de către mase datorită imaginii sale care inspiră siguranță și putere. Este deci important să stabilim care sunt acele calități care îl fac pe un simplu membru al unei comunități un lider convingător pentru că de el depinde în mare măsură comportamentul social al celorlalți.

Revenim la teoria de tipul stimul contagione mintală a lui Gustave Le Bon care vorbește despre un bun lider. Trebuie deci să punctăm câteva din caracteristicile pe care le da autorul unui bun conducător al mulțimilor. Acest conducător trebuie să aibă puterea de a hipnotiza masele astfel încât acestea să-l urmeze orbește, el trebuie să se bucure de un prestigiu larg, să respecte normele pe care oamenii le prețuiesc cel mai mult, să fie violent în limbaj, să aibă un mesaj simplu, clar și mai ales constant și nu în ultimul rând să fie defăimător dar să nu folosească violență fizică.

Întorcându-ne la exemplul pe care l-am dat în momentul în care explicăm nașterea comportamentului social din punctul de vedere al lui Gustave Le Bon trebuie să spunem că trasaturile de mai sus se regăsesc toate în comportamentul liderului Corneliu Vădim Tudor. În primul rând s-ar părea că prezenta să reușească să hipnotizeze masele, să se bucure de prestigiul de a fi un bun creștin, crede în domnia legii, este un justițiar, are un limbaj violent, discursul său a fost unul defăimător, nu a folosit violență și a avut un mesaj constant. Cu toate acestea în turul doi al alegerilor el și-a potențat toate aceste calități nu a reușit să hipnotizeze mult mai multe mase ceea ce ne duce cu gândul la faptul că teoria lui Le Bon despre mulțimi suferă de câteva lipsuri.

Deci liderul are un rol hotărâtor în determinarea comportamentului social, el putând accelera procesele care au loc în cadrul mulțimilor prin prezenta și exemplul său.

Serge Moscovici introduce in tema liderului si a relației sale cu comportamentul social un nou termen: autoritate carismatica. In lucrarea "Psihologia sociala sau mașina de fabricat zei" [1994], da explicația autorității carismatice ca fiind o dominație mai puțin prin intermediul unei trasaturi fizice si mai mult printr-o forță care izvorăște din interior. Este interesant faptul ca in sens tradițional cuvântul "carisma" se refera la un personaj sacru, iar in zilele noastre conducătorii cu carisma devin obiectul adorației maselor. Totuși carisma se bazează mai mult pe credința maselor si mai puțin pe talentele personale ale unui individ anume. Relațiile pe care masele le intretin cu conducătorul lor sunt foarte personale, sunt relații subiective bazate pe o iluzie de reciprocitate.

Este interesat de aflat cum ia naștere un astfel de conducător. Circumstanțele sunt foarte dramatice, atunci cand are loc o ruptura sociala majora, cand oamenii sunt descumpăniți si considera ca totul in jurul lor se năruie ei caută in mod inconștient un astfel de reprezentant care sa le dea siguranța ca situația se va remedia.

Liderul carismatic operează la nivelul societății cu noțiuni antagonice. El seduce masele prin nostalgia trecutului dulce, dar amintește mereu de tragismul situației prezente; el este in aceleași timp superior tuturor celorlalți dar si asemenea lor. Curios este faptul ca daca o persoana obișnuita ar emite același tip de mesaj, masele s-ar comporta total diferit, reușind sa sesizeze falsitatea lui, cu toate aceste ele nu reușesc sa privească in profunzimea sa atunci cand mesajul le este prezentat de către o persoana cu carisma. Așadar rolul carismei liderului este decisiv in influențarea comportamentului maselor.

2. Persuasiune si Manipulare

Prin **persuasiune** intelegem acțiunea de a convinge intr-un mod sau altul pe cineva sa faca sau sa aleagă un lucru.

Persona care ia decizia o face de multe ori pe baza altor tipuri de argumente decât cele logice sau cele logico-corecte, fiind convinsa de „necesitatea” sau „importanta” aparenta a acțiunii sau lucrului respectiv.

In acest sens putem spune ca **reclamele sunt persuasive**. Ni se spune zilnic in fel si chip, ca ne trebuie un telefon mobil, un anume detergent, un anume medicament, produs cosmetic, o caseta s.a.m.d.p., dar nu ni se demonstrează cu argumente acest fapt.

Ce ne spun reclamele? Intr-o forma simpla, directa, facand apel cel mai adesea la trebuințele si la sensibilitatea noastră, ni se recomanda sa consumam ceva. Uneori insa reclamele **nu argumentează** ideea de a consuma acel produs; se intampla ca ele sa conțină si **greșeli logice** regretabile.

De exemplu, ni se spune ca:

- XXX protejează împotriva cariilor pentru ca gustul sau durează foarte mult. (Este evident ca nu gustul ne protejează dantura.)
- YYY oferă un salariu pe viata timp de 25 de ani. (De ce 25 de ani este totuna cu viata? Daca trăim mai mult?)
- Trebuie sa bem 777. pentru ca un hot a furat originalul si noi il putem gasi consumând mai multa băutura racoritoare. (Daca fost furat originalul, oare ce suntem invitați sa bem?)

Alteori ni se dau indemnuri nepoliticoase de tipul: Nu privi aici casca ochi cand cumperi!

îndemnul este lansat din partea unor organisme de protejare a consumatorilor. Este drept, greșeala lor nu este de argumentare, ci de adresare, denotând lipsa de respect pentru consumator. Reclama are însă efecte persuasive.

Se spune că trăim într-o perioadă de explozie informațională, că informația ne asaltează, fie că vrem, fie că nu vrem. A înțelege caracterul persuasiv al reclamelor face parte dintre instrumentele noastre de protecție împotriva comunismului, a proastei calități, a modei cu orice preț, a subjugării noastre de către producătorii de bunuri (alimente, de vestimentație, de divertisment în general).

Prin **manipulare** înțelegem acțiunea de a influența prin mijloace specifice opinia publică, astfel încât persoanele manipulate să aibă impresia că acționează conform ideilor și intereselor proprii. În realitate însă ele preiau o părere (argumentare, idee, evaluare) care nu le aparține, ci le-a fost indusă prin diferite mijloace. Iată câteva exemple:

a) Ziaristul care face un comentariu este foarte cunoscut. I se preia punctul de vedere pentru că este faimos, sau este de la un ziar sau de la o revistă de prestigiu. Este la modă. Aceasta situație poartă numele de efect de prestigiu al mass-mediei.

b) Ni se spune că majoritatea oamenilor cred lucrul respectiv. Noi nu vrem să fim mai prejos; nu avem tăria unei opinii separate. (dorința apartenenței la grup ne împiedică) Este vorba de forța opiniei majoritare.

c) Ni se spune că părinții au idei învechite. Tinerii știu ce vor. Noi suntem tineri și nu putem fi de acord cu cei bătrâni. Este vorba de folosirea unor mecanisme sau trasaturi psihologice pentru a obține efectul dorit (de cele mai multe ori alegerea unor produse).

Manipularea mai poartă și numele de **violenta simbolică**. Nu suntem agresați fizic, forțați să credem sau să facem ceva. Cunoșcându-ne și felul de a fi, specificul vârstei sau alte particularități, putem fi determinați să credem ceea ce o persoană sau un grup de persoane și-a propus să ne facă să credem. Dacă am fi întrebați cine ne-a influențat, am răspunde cu mândrie că nimănui. Pe asta mizează și cei care ne manipulează. Pe hotărârea noastră de a nu ne lăsa, duse de nas, de a crede ceea ce vrem noi să credem. Din nefericire însă, în manipulare suntem aduși în situația de a vrea ceea ce au hotărât alții că trebuie, astfel încât ei să-și atingă scopurile.

3. Stereotipurile, Imaginea Si Publicitatea

Stereotipurile constituie elemente omniprezente în viața noastră, reprezentând tema predilectă a celor mai multe lucrări de psihologie socială (și nu numai). Mai mult chiar, nu putem vorbi de psihologie socială fără a vorbi de stereotipuri. Tocmai datorită acestui fapt nu voi insista foarte mult asupra definițiilor existente sau asupra dezbaterii originii lor considerând aceste lucruri deja știute. Mai voi limita la a reaminti că termenul de "stereotip", preluat din limbajul tipografic, a fost pentru prima oară introdus în sfera psihosocialului de către Lippmann, în 1922, care le considera "imagini din minte", indispensabile pentru filtrarea realității obiective atât de complexe. Astăzi, majoritatea cercetătorilor din domeniul psihologiei sociale sunt de acord cu definiția lui Leyens conform căreia stereotipurile reprezintă teorii implicite ale personalității, comune pentru ansamblul membrilor unui grup și care se referă la ansamblul membrilor unui alt grup și la grupul propriu.

Prin raport cu trasaturile de personalitate, stereotipurile evocă elemente foarte bine asociate, vizuale și distinctive, facilitând, prin urmare, activitatea cognitivă. Dar, în același

timp, si interpretarea orientata a informațiilor din mediu consolidează stereotipurile. Aceasta probabilitate a stereotipurilor de a se perpetua se datorează faptului ca ele furnizează premisele pe care ne bazam comportamentele. Dar nu numai comportamentele noastre, ci si modul de a ne exprima tinde sa perpetueze stereotipurile intergrupuri.

Dar limbajul pe care-l folosim pentru descrierea a ceea ce observam - discursul -poate varia de la noțiunea cea mai abstracta pana la noțiunea cea mai concreta. Discursul, prin urmare, poate fi aplicat si imaginii, intrucat aceasta devine scriere din momentul in care este semnificativa, reclamând si ea, asemenea limbajului scris, un vocabular sau lexic.

Prin urmare, stereotipul poate fi perpetuat nu doar oral, ci si prin scrieri sau reprezentări: discurs scris dar si fotografia, filmul, reportajul, sportul, spectacolele, publicitatea, toate pot deveni suport al rostirii stereotipice.

Binenteles, imaginea este mai imperativa decât scrierea impunând semnificația dintr-o data, fara o analiza prealabila, fara dispersare.

Imaginarul constituie invelisul imaterial al imaginilor care ne inconjoara, putând perturba raportul nostru cu lumea reala interpunandu-se intre noi si aceasta, ca un fel de ecran-filtru. Acest filtru poate deforma dar poate sa contribuie si la o captare mai buna, la o ghidare, orientare sau centrare mai bune. Gândirea imaginar-simbolica nu este așadar apanajul exclusiv al copilăriei, al copilului, al poetului sau al dezechilibratului mintal, ea e inerenta flintei umane, precedând limbajul si gândirea.discursiva. Imaginea realizează legătura dintre noi si lume, permitandu-ne astfel nu doar o simpla adaptare la realitate, ci, mai mult, chiar intrarea in rezonanta si armonizarea cu ea.

Dupa cum am văzut si in capitolul de fata, stereotipurile joaca un rol fundamental in viata noastră de zi cu zi, determinandu-ne, implicit sau explicit comportamentele, mai mult sau mai puțin observabile. Pornind de la aceasta supoziție, cercetătorii in domeniul psihologiei sociale si mai ales al comunicării au incercat descrierea unor modele de comunicare cat mai persuasive, care sa "inregimenteze" (manipuleze)efectiv consumatorul (pentru ca acesta sa cumpere produsul promovat).Acest lucru poate fi posibil doar prin manipularea stereotipurilor existente, crearea de noi stereotipuri sau deconstructia celor deja existente.

Publicitatea este o mare consumatoare "de instrumente teoretice care ii permit sa-l analizeze, sa-l inteleaga pe individ in relațiile sale cu propriile-i dorințe si motivații, in interacțiunile sale cu ceilalți indivizi din societate, in percepția pe care o are asupra mijloacelor de comunicare si a modurilor de reprezentare ale acestora" (Joly Martine, 1998). In acest fel, publicitatea a recurs inca de la inceput la cercetări in domeniul științelor sociale, la psihologia aplicata si chiar la metode de ancheta sociologica si analiza statistica. Pentru a gasi un răspuns global la schema stimul si "pentru a scăpa de viziunea mecanicista, s-a recurs la modelele ierarhiei invatarii bazate pe următoarele trei etape: cognitiva, afectiva si voluntara"; a urmat apoi cercetarea motivațiilor care si-a fixat ca obiectiv analiza nevoilor preconstiente si inconstiente pe care o cumpărare le satisface mai mult sau mai puțin la consumator (siguranța, narcisism, identificare cu o clasa sociala-grup...) facand apel nu numai la psihologie, dar si la sociologie si antropologie. Obiectivul este de a face din publicitate mai mult o "investiție", nu doar "un joc al intamplării.

Studiile teoretice ale comunicării prin imagine s-au oprit nu numai asupra proceselor de fabricație a anunțurilor publicitare, ci si asupra testării gradului de intelegere a mesajelor si modului in care acestea sunt interpretat"..

În sfârșit, mulțumită unor abordări socio-culturale, sociologia și statistica au datorat să măsoare eficacitatea publicității. Totuși, în ciuda acestei baterii de mijloace teoretice și tehnice nu s-a găsit nici o rețetă miraculoasă pentru a "înregimenta" consumatorul, ale cărui comportamente încă dezvăluie riscuri ce tin de empirism

Ca o concluzie trebuie să afirmăm faptul că un comportament social-ce determină o mare varietate de acțiuni ale individului(inclusiv cea de a cumpăra,de a alege o persoană etc) -ia naștere ca urmare a structurii interne a omului, a nevoii sale de a se relaționa în permanență cu ceilalți și că, comportamentul social este o contopire a unora dintre caracteristicile indivizilor ce alcătuiesc un grup.

BIBLIOGRAFIE

1. GRIGORESCU, DAN - "Aventura imaginii", București, 1982
2. HORNEY, KAREN - "Personalitatea nevrotică a epocii noastre", București, 1998
3. NECULAU, A. - "Psihologie socială", Polirom, Iași, 1998
4. RADU.I., ILUT.P. - "Psihologie socială", Ed. Dacia, 1991
5. STOICIU, GINA - "Orientări operaționale în cercetarea comunicării de masă", București, 1981
6. LE BON .GUSTAVE - "Psihologia mulțimilor", Polirom ,Iași
7. BLUMER, HERBERT -"Comportamentul colectiv"
8. MOSCOVICI,S.-"Psychologie sociale"P.U.F.,Paris
9. LEYENS,J.-PH-"Psihologie sociale",P.Mardaga,Liege 10.TURNER,RALPH-"Comportamentul colectiv"
11. FLOREA,MARIUS-"Psihologie socială",suport de cursUBB, Cluj-Napoca

